زوجة الغائب

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية

مع ثبت بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها

والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الدارس للتشريع الإسلامي المتعمق في أسراره يلحظ أصالته واستقلاليته عن أي تشريع آخر ، فهو تشريع متميز بخصائص ومميزات جعلته نسيجًا وحده بين التشريعات المختلفة .

فمن هذه الخصائص التي تميز بها هذا التشريع عن أي تشريع آخر خاصية الشمول والإحاطة ، تلك الخاصية التي تعني شموله لكل جوانب الحياة المختلفة : روحية ومادية ، فردية واجتاعية ، دينية وسياسية ، وغير ذلك (١) .

هذا وإن موقف الشريعة الإسلامية من مسألة « زوجة الغائب » تلك المسألة التي نحن بصدد دراستها الآن لدليل كاف على صدق هذه الحقيقة ، حيث فصّلت نصوص هذه الشريعة الغراء القول في أحكام هذه المسألة بصورة لا نجد لها مثيلاً في نصوص الشرائع الأخرى ساوية كانت أو وضعية .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الذي حدا بي إلى أن تكون مسألة غيبة الزوج موضوعًا لبحثي هذا ، مرجعه إلى أن هذه المسألة تعد من الموضوعات الحيوية التي عني بها الفقهاء على اختلاف مشاربهم ، كما نطقت بذلك آثارهم ومصنفاتهم الفقهية .

أضف إلى ذلك أن ثمة ارتباطًا وثيقًا بين هذه المسألة وظروف عصرنا الحاضر ، ذلك العصر الذي تميز بنشوب الحروب واندلاع الفتن الداخلية والخارجية ، وحدوث الكوارث الطبيعية كالزلازل وغيرها ، فضلاً عن انتشار ظاهرة الهجرة والسفر للعمل في الخارج ، وما إلى ذلك من هذه الأسباب التي تتصل بموضوع هذه الدراسة .

لكل هذا وذاك جاءت مسألة « غيبة الزوج » موضوعًا لدراستي هذه ، ولكن الذي أريد أن أشير إليه هنا أن ثمة قضايا كثيرة ومتعددة تتعلق بغيبة الزوج سواء من حيث

---

(١) للوقوف على خصائص الشريعة الإسلامية اقرأ : الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد د . يوسف القرضاوي ص ٦ ـ ٢٠ ، والنظرية العامة للشريعة الإسلامية د . جمال الدين عطية ص ٩ ـ ٧٥ .

زوجته أو أمواله أو وصيته أو ميراثه أو جريمته أو غير ذلك من قضايا تحتاج كل واحدة منها إلى دراسة تفصيلية مستقلة .

ومن ثم فقد آثرت أن تأتي قضية « زوجة الغائب » محورًا تدور حولها هذه الدراسة دون غيرها من القضايا الأخرى التي تتعلق بغيبة الزوج ، والتي نجدها مبثوثة في مظانها من كتب الفقه والآثار والسنن وشروح الحديث وغيرها .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنني آثرت أن تأتي هذه الدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ، وذلك حتى تتجلى لنا :

أولاً : مثالية شريعتنا الغراء وموضوعيتها في معالجة هذه المسألة دون غيرها من الشرائع الأخرى . وليتضح لنا :

ثانيًا : أسبقية هذه الشريعة واستقلاليتها عن غيرها من الشرائع الوضعية ؛ فإن ما تنادي به القوانين الوضعية في هذا العصر قد فطنت إليه الشريعة الإسلامية ونادت به منذ أربعة عشر قرنًا .

هذا ولقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تأتي في فصول خمسة :

عالج الأول منها موقف الشرائع المختلفة - سماوية ووضعية - من وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب غيبة الزوج .

ثم جاء الفصل الثاني مكملاً لسابقه حيث أوضح موقف هذه الشرائع أيضًا من الآثار المترتبة على هذه الفرقة .

أما الفصل الثالث فقد دار محوره حول « نفقة زوجة الغائب » في الشرائع المختلفة .

ثم جاءت « عودة الزوج الغائب بعد الحكم بموته وزواج امرأته » ليكون موضوعًا للفصل الرابع من هذه الدراسة .

أما الفصل الخامس والأخير ، فقد ضمنته أهم الصيغ القانونية ونماذج من أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بزوجة الغائب .

وأخيرًا فإنه لجدير بنا أن ننبه هنا إلى أن أحكام زوجة الغائب ليست واحدة ، بل إنها تختلف باختلاف نوع الغيبة ، لأن الغيبة نوعان : منقطعة وغير منقطعة :

فالغيبة المنقطعة ، هي التي يغيب فيها الزوج ويكون مجهولا ، والغائب في هذه الحالة هو المفقود .

أما الغيبة غير المنقطعة ، فتطلق ويراد بها الشخص الغائب المعلوم الحياة والمكان ولو إجمالاً ، وهذا النوع من الغيبة له أحكام تختلف عن أحكام النوع الآخر كما سنرى في هذا البحث .

والله وحده المستعان وهو سبحانه ولي التوفيق

المؤلف

الفصل الأول

موقف الشرائع من الفرقة بسبب الغيبة

المبحث الأول

في الشريعة الإسلامية

أولا : الفرقة بسبب الغيبة المنقطعة (الفقد) :

ذهب الأحناف إلى عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته إلا بعد الحكم بموته ، وهذا لا يكون إلا بموت أقرانه الذين هم من سنه ، على اختلاف بينهم في تقدير المدة التي يموت فيها أقرانه ، إذ قدرها بعضهم بسبعين سنة تبدأ من يوم ميلاده ، على حين قدرها البعض الآخر بمائة وعشرين سنة ، وروي عن أبي يوسف تقديرها بمائة سنة وقيل : مائة سنة وخمسين إلى مائتين وقال الميرغناني : « الأقيس ألا يقدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين »[1] .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن كل تقدير من هذه التقديرات السابقة مبني على أساس . فعلى سبيل المثال : السبعون قدرت على أساس أن متوسط أعمار هذه الأمة ما بين الستين والسبعين كما روي ذلك عن رسول الله ﷺ[2] ، وأما من قال بغير ذلك فقد قدر أقصى الأعمار في نظره .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن تقدير وفاة المفقود بموت أقرانه يرجع إلى أن حياته كانت مؤكدة فلما فُقد استمرت باستصحاب الحال حتى يقوم الدليل على وفاته ، ولا دليل في مثل هذا المقام إلا بموت الأقران ، وإن قام دليل ببينة أو نحوها على موته قبل ذلك يتقرر موته ولا يعد مفقودًا في هذه الحال ، لأن موته قد علم بدليل وهو البينة ، ولا يحتاج ثبوت الموت في هذه الحال إلى حكم من القاضي إلا إذا كان ثمة نزاع في ذلك[1] .

---

(١) الهداية ٢ / ١٨١ ـ ١٨٢ ، وللوقوف على اختلاف الأحناف في المفقود راجع : المبسوط ١١ / ٣٤ وما بعدها ، وبدائع الصنائع ٦ / ١٩٦ ـ ١٩٧ ، وشرح فتح القدير ٦ / ١٤١ ـ ١٥١ ، وحاشية رد المختار ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧ ، وسبل السلام ٣ / ٢٠٨ .

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب (الزهد) باب (الأمل والأجل) ٢ / ١٤١٥ ، ونص الحديث هكذا : « أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين وأقلهم من يجوز ذلك » ، كذلك راجع المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٦٦ ـ ٦٧ .

(٣) انظر : الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص ٤٩٧ ـ ٤٩٨ .

بيد أنه إذا كان لا يحكم بموت المفقود عند الأحناف إلا بموت أقرانه كما رأينا ، إلا أن الزيلعي الحنفي فوّض تقدير المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى رأي القاضي ؛ لأن أعمار الناس تختلف باختلاف البلدان والأشخاص معًا « فالملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات لا سيما إذا دخل في مهلكة » [١] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فلعله من المفيد هنا أن نشير إلى ما ذهب إليه الأحناف من عدم وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب الفقد لهو رأيٌ كثيرٍ من فقهاء السلف الصالح كعليّ ، وابن مسعود ، ورواية عن الشعبي ، ورواية عن النخعي ، وحماد ابن أبي سليمان ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وعثمان البتي ، وسفيان الثوري ، والحسن ابن حي ، وأبو سليمان ، وأبو قلابة ، وداود وأصحابه ، وإسحاق ، وغيرهم [٢] .

كذلك ذهب ابن حزم الظاهري إلى القول بعدم فسخ نكاح امرأة المفقود أبدًا ، حتى يصح موته ، أو تموت هي [٣] .

أما الحنابلة فيجعلون لظروف الفقد حالتين ، تختلف باختلافهما أحكام المفقود وذلك على النحو التالي [٤] .

الحالة الأولى :

أن يكون ظاهر الفقد السلامة : كمن يسافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة أو غير ذلك ثم انقطعت أخباره ولم يرجع إلى بيته .

ففي هذه الحالة رأيان عند الحنابلة :

أ ـ لا تزول الزوجية ما لم يثبت موته .

ب ـ أن يمضي عليه تسعون سنة من يوم ولادته ثم يقسم ماله وتعتد زوجته للوفاة

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ص ٣١٢ .

(٢) انظر : المغني ٩ / ١٣١ ، والمحلى ١٠ / ١٣٩ .

(٣) المحلى : ١٠ / ١٣٤ .

(٤) المغني ٩ / ١٣١ ـ ١٣٢ .

وتتزوج « وإنما اعتبر تسعين سنة ، لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر » [١] .

الحالة الثانية :

أن يكون ظاهر الفقد الهلاك : كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارًا ، أو كمن يخرج للصلاة فلا يرجع ، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته ، أو غير ذلك .

ففي هذه الحالة يجب البحث والتحري عنه ، فإن لم يمكن الوقوف على حالته تربصت زوجته أربع سنوات ثم اعتدت للوفاة أربعة أشهر وعشرًا وحلت للأزواج ، وهذا القول روي عن عمر ، وعثمان ، وابن عباس ، وابن الزبير ، وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والزهري ، وقتادة ، والليث ، وغيرهم [٢] .

كذلك قسم المالكية المفقودين أربعة أقسام ، وأعطوا كل قسم منها حكمًا يختلف عن حكم القسم الآخر ، وذلك حسب اختلاف ظروف الفقد وأحواله ، وذلك على النحو التالي : [٣]

١ ـ المفقودون في بلاد المسلمين : وهؤلاء يجب البحث عنهم بكافة الطرق ، فإن لم يكتشف أمرهم فيُحكم بموته بعد أربع سنوات ، وذلك بالنسبة لزوجته ، وبهذا يجوز لها بعد مضي هذه المدة أن تعتد للوفاة وتتزوج .

أما بالنسبة لأمواله ، فلا يُحكم بموته إلا بعد وفاة أقرانه .

٢ ـ المفقودون في أرض المشركين : لا يحكم بموت المفقود في هذه الحالة إلا بعد انقضاء مدة التعمير ، وهي تتراوح عندهم ما بين السبعين إلى المائة والعشرين ..

---

(١) المغني ٩ / ١٣١ .

(٢) انظر : المغني ٩ / ١٣٢ ، والمحلى ١٠ / ١٤٠ .

(٣) للوقوف على هذه الآراء عند المالكية اقرأ : أقرب المسالك ١ / ٣٧٢ وما بعدها ، وشرح الخرشي ٣ / ٢٨٨ وما بعدها ، والفواكه الدواني ٢ / ١٩٩ ، ومابعدها ، والعقد المنظم / ١٣١وما بعدها ، وحاشية الدسوقي ٢ / ٤٢٥ وما بعدها ، وبداية المجتهد ٢ / ٥٠ ـ ٥١ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل / ١٥٥ وما بعدها ، والمنتقى للباجي ٤ / ٩١ وما بعدها .

٣ ـ المفقودون في حروب المسلمين بعضهم مع بعض : في هذه الحالة إذا شهدت البينة العادلة بحضوره المعترك ، فإن زوجته تعتد من حين فراغ القتال ، أما لو شهدت أنه خرج مع الجيش فقط دون مشاركته في القتال ، فحينئذ تجري على زوجته أحكام المفقود في بلاد المسلمين .

٤ ـ المفقودون في الفتن بين المسلمين والكافرين : هؤلاء يحكم بموتهم بعد مضي سنة من تاريخ العجز عن معرفة أخبارهم .

هذا وإنه لجدير بنا أن ننبه إلى أن الحكم بموت المفقود عند المالكية في الحالات الثلاث الأخيرة يشمل زوجة المفقود وأمواله على السواء .

هذا عن المالكية ، أما الشافعي فقد روي في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المعقود رأيان ، أحدهما في مذهبه القديم ، والآخر في الجديد .

ففي القديم يرى الشافعي أن الحكم بموت المفقود يكون بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده ، على حين ذهب في الجديد إلى أنه لا يجوز لامرأة المفقود أن تتزوج حتى يأتيها يقين وفاته [١] .

هذا ، وما ذهب إليه الشافعي في القديم من مذهبه ـ وهو الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات ـ هو ما قال به فقهاء الإمامية ، حيث نص الطوسي في الخلاف على أن « امرأة المفقود الذي لا يعرف خبره ، ولا يعلم أحيٌّ هو أم ميت تعتد أربع سنين ، ثم ترفع خبرها إلى السلطان لينفذ من يتعرف خبر زوجها في الآفاق ، فإن عرف له خبرًا لم يكن لها طريق إلى التزويج ، وإن لم يعرف له خبرًا أمر وليه أن ينفق عليها [٢] .

كذلك ذهب فقهاء الإباضية إلى هذا الرأي ، حيث نص صاحب كتاب « النيل وشفاء العليل » على أنه يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات [٣] .

ولكن : لماذا تم تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود بأربع سنوات ؟

---

(١) انظر : الأم ٥ / ٢٣١ ، ومغني المحتاج ٣ / ٣٩٧ ، والمغني ٩ / ١٣١ .

(٢) انظر : الخلاف للطوسي ٣ / ٦٠ .

(٣) انظر : النيل وشفاء العليل ٧ / ٣٨ .

لعل تحديد هذا المدة بالأربع سنوات دون غيرها يرجع في نظري إلى واحد من ثلاثة أشياء :

١ ـ لأن هذه المدة أقصى مدة للحمل كما يرى بعض الفقهاء حيث روى الدارقطني عن الوليد بن مسلم ، قلت لمالك بن أنس عن حديث عائشة قالت : « لا تزيد المرأة في حملها على سنتين ، فقال : سبحان الله ، من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان ، امرأة صدق وزوجها رجل صدق ، ملت ثلاثة أبطن في اثنتا عشرة سنة » وقال الشافعي : « بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين » . وقال أحمد : « نساء بني عجلان تحمل أربع سنين » [١] .

٢ ـ لأن هذا يرجع إلى قصة حدثت في عهد سيدنا عمر بن الخطاب ووافقه الصحابة ، حيث رجع المفقود ، فكانت زوجته قد تزوجت غيره بعد أن أمرها عمر أن تتربص أربعة أعوام وتعتد للوفاة [٢] .

٣ ـ لأن الأغلب في حال هذه المدة أنه يسمع فيها خبر من كان حيًا في بلاد المسلمين ، مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب إليها بأمره [٣] .

وأخيرًا : كيف تحتسب هذه المدة ؟ أو بمعنى أخر : هل تعتبر من تاريخ رفع المرأة أمرها للحاكم ، أم من تاريخ غياب المفقود ؟

يرى الجمهور أن هذه المدة تبدأ من حين رفع المرأة أمرها للحاكم ، وذلك لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب الحاكم [٤] .

ولعل هذا يفسر لنا قول مالك : « وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها ، وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه ، فإن يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين » [٥] .

---

(١) راجع : سنن الدارقطني ٣ / ٣٢٢ وما بعدها .

(٢) انظر : المصنف ٧ / ٨٧ وما بعدها ، وسبل السلام ٣ / ٢٠٨ .

(٣) انظر : المنتقى للباجي ٤ / ٨١ .

(٤) المغني : ٩ / ١٣٥ .

(٥) المدونة الكبرى ٤ / ٤٥٠ .

...وفي الجانب المقابل يرى فريق آخر أن هذه المدة تبدأ من تاريخ غياب المفقود وانقطاع خبره ، لأن هذا ظاهر موته ، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان [١] .

ومما هو جدير بالذكر أن الشافعي قال بهذين الرأيين [٢] ، كما روي أن عمر بن الخطاب قال بها أيضًا ، حيث روي من طرق متعددة أنه كان يأمر المرأة التي تفقد زوجها بالتربص أربعة أعوام من تاريخ رفع أمرها إليه [٣] ، كما روي عنه أيضًا أنه أتته امرأة فُقِدَ زوجُها منذ ثلاثة أعوام وثمانية أشهر فأمرها عمر أن تتم أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج إن شاءت [٤] .

تنبيه : نود أن ننبه هنا أنه إذا كان للمفقود أكثر من زوجة ، ثم رفعت إحدى زوجاته أمرها للقاضي لطلب التفريق بسبب الفقد ، فإن الأجل المضروب لها يكون أجلاً للباقيات إن طلبن الفراق ، وفي هذا يقول خليل : « والضرب لواحدة ضرب لبقيتهن » [٥] .

هذا وبعد أن وقفنا فيما سبق على اختلاف العلماء في التفريق بسبب الفقد ما بين مجوّزين ومانعين ، فإنه لجدير بنا أن نشير إلى أن لكل فريق أدلة تؤيد دعواه وذلك على النحو التالي :

أولا : أدلة المانعين :

لقد استدل الحنفية والشافعية على عدم الحكم بوفاة المفقود قبل ثبوت وفاته بالبينة ، أو بموت أقرانه ، وذلك بما يلي :

١ ـ روى المغيرة بن شعبة عن النبي ـ ﷺ ـ أنه قال : « امرأة المفقود امرأته حتى

---

(١) المغني ٩ / ١٣٥ .

(٢) المصدر السابق ٩ / ١٣٥ .

(٣) انظر : المحلى ١٠ / ١٣٤ وما بعدها ، وسبل السلام ٣ / ٢٠٨ ، والسنن الكبرى ٧ / ٤٤٥ .

(٤) انظر : المحلى ١٠ / ١٣٥ ـ ١٣٦ .

(٥) الفواكه الدواني ٢ / ٢٠٠ .

يأتيها البيان »[١] ، وفي رواية : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها »[٢] .

٢ ـ كذلك روى الحكم وحماد عن علي بن أبي طالب قوله : « لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته ، أو طلاقه »[٣] ، كما روى الحكم عنه : « تتربص حتى تعلم أحيٌّ هو أم ميت »[٤] .

٣ ـ أضف إلى ذلك أن حياة المفقود ما زالت مستمرة بعد فقده بدليل يقيني وهو « استصحاب الحال » ، أما وفاته فهي في حيز الشك والاحتمال ، ومن ثم فلا يجوز أن نرفع أمرًا ثابتًا باليقين بأمر مشكوك فيه[٥] .

ثانيًا : أدلة المجوزين :

لقد استدل المالكية والحنابلة على جواز التفريق للزوجة بسبب فقد زوجها بالأدلة الآتية :

١ ـ روي عن عمر بن الخطاب أنه قال في امرأة المفقود : « تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ثم تحل للأزواج »[٦] . إذ يروي لنا الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير أنه قال : فُقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ، ثم أتته فقال : انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرًا ففعلت ، ثم أتته فقال : أين ولي هذا الرجل ؟ فقال : طلقها ، ففعل ، فقال لها عمر : انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال عمر : أين كنت ؟ قال : يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله ، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء من الجن ، فالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري ، فقالوا : بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هي أرضي ، فأصبحت وأنا أنظر إلى

---

(١) انظر : سبل السلام ٣ / ٢٠٩ ، والسنن الكبرى ٧ / ٤٤٥ ، والهداية ٢ / ١٨١ .

(٢) المغني : ٩ / ١٣٣ .

(٣) المغني ٩ / ١٣٣ .

(٤) المصنف ٧ / ٩٠ .

(٥) المغني ٩ / ١٣٣ وما بعدها .

(٦) انظر : سنن سعيد بن منصور ١ / ٤٠٠ ، والتاج الجامع للأصول ٢ / ٣٥٩ .

الحرة ، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق . فاختار الصداق ، وقال : قد حبلت لاحاجة لي فيها [١] .

٢ ـ كذلك روى الجوزجاني وغيره أن عليًا ـ رضي الله عنه ـ قال في امرأة المفقود : « تعتد أربع سنين ثم يطلقها وليُّ زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرًا » [٢] .

٣ ـ كذلك وافق ابنُ عباس وابنُ عمر ـ عمرَ وعليًا في امرأة المفقود ؛ إذ يذكر لنا جابر بن زيد أنه شهد ابن عباس وابن عمر تذاكرا امرأة المفقود ، فقالا : « تربص بنفسها أربع سنين ثم تعتد للوفاة وتتزوج » [٣] .

٤ ـ أضف إلى ذلك أن الزوجة تتضرر ضررًا بالغًا لغياب زوجها وهذا الضرر يجب إزالته لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » [٤] .

٥ ـ إن القول بتربص امرأة المفقود أربع سنوات ، ثم أربعة أشهر وعشرًا لعدة الوفاة ، انتشر بين الصحابة ولم ينكره أحد فكان إجماعًا [٥] .

مناقشة الأدلة :

هذه هي الأدلة التي استدل بها كل فريق على دعواه وهي أدلة تعوز بعضها أحيانًا الدقة العلمية وذلك على النحو التالي :

أولا : إن استدلال الحنفية والشافعية برواية المغيرة بن شعبة هو استدلال مطعون فيه ؛ لأن هذه الرواية ضعيفة كما نص على ذلك العلماء الأثبات [٦] .

ومما يقوي ضعف هذه الرواية في رأيي شيئان :

---

(١) انظر المغني ٩ / ١٤٣ ، وقد رويت هذه القصة بوجوه متعددة ، فراجعها ـ إن شئت ـ في : المصنف ٧ / ٨٦ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٧ / ٤٤٥ وما بعدها ، وسنن سعيد بن منصور ١ / ٤٠٠ ـ ٤٠٢ .

(٢) انظر : المغني ٩ / ١٣٤ .

(٣) السنن الكبرى ٧ / ٤٤٥ ، وسنن سعيد بن منصور ١ / ٤٠١ .

(٤) المسند لأحمد بن حنبل ١ / ٣١٣ ، والمقاصد الحسنة ص ٤٦٨ .

(٤) المغني ٩ / ١٣٤ .

(٦) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٧ / ٤٤٥ ، وسبل السلام ٣ / ٢٠٩ .

ا ـ لم يرو أحدٌ من أصحاب السنن أو الصحاح هذه الرواية مطلقًا .

ب ـ هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن اختلاف الصحابة في مسألة المفقود لدليل كاف على عدم اطلاع الصحابة على هذه الرواية ؛ لأنه لو علمها أحد ، لأطْلَعَ الباقين عليها ، ولما ساغ لهم بعد ذلك الاختلاف في هذه المسألة .

نعم قد يخفى بعض الأحاديث على بعض الصحابة ، ولكنه سرعان ما يستدرك هذا الصحابة أنفسهم ولذلك فإنه مما تجدر الإشارة إليه هنا أنه مهما تفاوت الصحابة في العلم بأحاديث النبي ﷺ ، فإنه « يخطئ من يدعي أن بعض السنن فات الصحابة جميعًا بعد أن رأينا مدى عنايتهمْ بها وحرصهم عليها فكيف يغيب عنهم شيء منها وهم الذين صحبوا رسول الله ﷺ نيفًا وعشرين عامًا قبل الهجرة وبعدها ، فحفظوا عنه أقواله وأفعاله ونومه ويقظته وحركته وسكونه وقيامه وقعوده واجتهاده وعبادته وسيرته وسراياه ومغازيه ومزاحه وزجره وخطبه وأكله وشربه ... هذا سوى ما حفظوا عنه من أحكام الشريعة وما سألوه عن العبادات والحرام والحلال أو تحاكوا فيه إليه ؟» [١] .

ومن ثم فإننا نستطيع أن نقرر ونحن واثقون إلى أنه لم يأت نص صحيح من السنة في حكم المفقود ، ولو كان هناك نص لكان الصحابة أسرع الناس إلى تطبيقه والتمسك به استجابة لقوله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [٢] وقول النبي ﷺ : « لا أُلْفِيَنَّ أحدكم متكئًا على أريكته يأتيه الأمر من أمري مما أمرتُ به أو نهيت عنه ، فيقول : ما أدري ، ما وجدنا في كتاب الله اتبعناه » [٣] وغير ذلك من الآيات والأحاديث التي تحث على طاعة الرسول ﷺ وتحذر من ترك سنته .

ثانيًا : إن ثمة تعارضًا بين هذه الأدلة ، إذ يستدل المانعون ـ وهم الحنفية والشافعية ـ برواية لعلي بن أبي طالب وهي قوله : « لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته ، أو طلاقه » ، على حين يستدل المجوّزون ـ وهم المالكية والحنابلة ـ برواية أخرى لعلي ولكنها تناقض وتعارض الرواية الأولى ، وهي قوله : « تعتد أربع سنين ، ثم يطلقها

---

(١) انظر : السنة قبل التدوين ص ٦٧ ـ ٦٨ ومراجعها .

(٢) الحشر : ٧ .

(٣) رواه الحاكم في المستدرك ١ / ١٠٨ .

وليُّ زوجها ، ثم تعتد وتتزوج » .

بيد أن الشيء الذي نود أن نلفت النظر إليه هنا ، أنه إذا كانت رواية الحكم وحماد التي يستدل بها الحنفية والشافعية مرسلة ، فإن هذا لا يقلل من الاحتجاج بها كما ذهب إلى ذلك صاحب المغني [١] ، لأنني وجدت أن هذه الرواية قد رويت بروايات أخرى تعضدها وتقويها فضلاً عن أن لها طرقًا أخرى ، فعلى سبيل المثال روى عنه الشافعي قوله : « امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها يقين موته » [٢] ، كما روى سعيد ابن منصور قوله : « إذا فقدت المرأة زوجها فلا تتزوج حتى يستبين أمره » [٣] ، وروى عنه عباد بن عبد الله الأسدي قوله : « إنها لا تتزوج » [٤] .

هذا من ناحية ،ومن ناحية أخرى فإن الرواية الثانية التي يستدل بها المالكية والحنابلة إذا كانت مسندة ، فإن هذا لا يعني أيضًا ـ كما يقول ابن قدامة ـ أنها قوية [٥] ، لأنني وجدت هذه الرواية نفسها مروية بطريق ضعيف ، حيث رواها الخلاس بن عمرو عن علي رضي الله عنه ، ورواية الخلاس عن علي ضعيفة كما نص على ذلك البيهقي [٦] والباجي [٧] وغيرهم .

ثالثًا : إن استدلالهم بأن حياة المفقود متيقنة باستصحاب الحال ، ووفاته أمر مشكوك فيه ، وعندئذ لا يزال اليقين بالشك ، فإن هذا يحتاج إلى نظر ؛ لأن غلبة الظن في الواقع لها حكم اليقين ، وعدم ظهوره طوال الأربع سنوات مع وجود ما يدفعه إلى الظهور وعدم التعرف على حياته على الرغم من البحث والتحري مما يجعل هلاكه غالبًا على الظن ، وهذا هو ما فطن إليه ابن قدامة عندما قال : « وقولهم إنه شك في زوال الزوجية ممنوع ، فإن الشك ما تساوى فيه الأمران ، والظاهر في مسألتنا هلاكه »[٨].

---

(١) المغني ٩ / ١٣٥ .

(٢) انظر : سبل السلام ٣ / ٢٠٨ .

(٣) انظر : سنن سعيد بن منصور ١ / ٤٠٢ .

(٤) انظر : السنن الكبرى ٧ / ٤٤٤ .

(٥) انظر : المغني ٩ / ١٣٥ .

(٦) انظر : السنن الكبرى ٧ / ٤٤٥ .

(٧) انظر : المنتقى ٤ / ٩١ .

(٨) انظر : المغني ٩ / ١٣٥ ، وفي أحكام الأسرة د . سلام مدكور ٢ / ٢٣٢ .

رابعًا : إن ما استدل المالكية والحنابلة من قول عمر رضي الله عنه السابق يحتاج إلى نظر أيضًا ، حيث ذكر لنا بعض الفقهاء كالميرغيناني [١] وابن قدامة [٢] والسرخسي [٣] وغيرهم أنه روى عن عمر الرجوع عن هذا القول ، والأخذ بما ذهب إليه علي بن أبي طالب بانتظار زوجة المفقود حتى يتبين أمره أو تثبت وفاته .

أضف إلى ذلك ما ذكره صاحب المغني حيث نص على أن عمر قال بخلاف ذلك [٤] .

خامسًا : إن استدلالهم بأن الحكم بموت المفقود بعد أربع سنوات انتشر بين الصحابة ، فلم ينكره أحد ، فصار إجماعًا ، هذا قول يحتاج إلى برهان ؛ لأنه قد روي عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال بخلاف ذلك ، حيث ذهب إلى أنه يجب على امرأة المفقود أن تنتظره أبدًا [٥] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فقد روي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - خلاف ذلك ، ومن ثم لا يمكن أن نقول إن هذا القول كان إجماعًا .

الرأي الراجح :

وبعد عرضنا ومناقشتنا فيما سبق لأدلة الفقهاء - في مسألة المفقود ، فإنه لجدير بنا أن نؤكد أن الأقرب إلى الصواب في نظري أن نراعي عند الحكم على زوجة المفقود شيئين وهما :

الأول : إذا كانت أحوال الفقد تختلف باختلاف الأشخاص أنفسهم - سواء المفقودون أو زوجاتهم - فضلا عن اختلاف ظروف الفقد نفسها ، فإنه يجب أن يكون لكل حالة من حالات الفقد المختلفة حكم يناسبها ويتلاءم معها .

الثاني : يجب أن تتناسب أحكام المفقود مع ظروف التقدم والرقي الذي وصل إليه عصرنا الحاضر ، ذلك العصر الذي يمتلك وسائل اتصالات حديثة لم تعرف من قبل كالتليفون والتلغراف والبريد وغير ذلك من وسائل مختلفة تسهل علينا الرجوع إلى المفقودين والبحث عنهم في الأماكن المختلفة في وقت قصير .

---

(١) انظر : الهداية ٢ / ١٨٢ .

(٢) انظر : المغني ٩ / ١٣٢ .

(٣) انظر : المبسوط ١١ / ١٣٥ .

(٤) المغني ٩ / ١٣٢ .

(٥) المحلى ١٠ / ١٣٨ ، والمصنف ٧ / ٩٠ - ٩١ .

نتيجة لهذا ولاطمئناننا إلى أن المسألة التي نحن بصددها مسألة اجتهادية فإن الراجح في رأيي ما يلي :

أولا : إذا لم يترك المفقود لزوجته مالا ، فإن لزوجته الحق في رفع أمرها إلى القاضي وذلك لدفع الضرر عنها ، ويجب على القاضي أن يستجيب لطلبها فيحكم لها بالفرقة ، سواء أكان المفقود في حالة يغلب عليها الهلاك أو السلامة ، وذلك لأن عدم النفقة في حد ذاته يكفي للتفريق عند جمهور الفقهاء[١] ؛ لأن الإمساك دون نفقة ، ليس من الإمساك بالمعروف الذي أمرنا الله به بقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾[٢].

أضف إلى ذلك أن عدم الإنفاق على الزوجة يسبب لها ضررًا ، وديننا الإسلامي ليس فيه ضرر ولا ضرار كما قال النبي ﷺ [٣] .

ومن ثم فلا يصح في نظري ما ذهب إليه ابن حزم عندما قرر أن المفقود إذا لم يترك مالا لكي تنفق منه زوجته فإنه يجب الإنفاق عليها من سهم الفقراء والمساكين من الصدقات ؛ لأنهم كسائر الفقراء ولا فرق [٤] .

هذا ولعل الذي حدا بابن حزم الظاهري إلى القول بهذا الرأي - في نظري - مرجعه إلى منهجه القائم على التمسك بظواهر نصوص القرآن والسنة دون الإحتجاج بما أخذ به غيره من الفقهاء كالقياس أو تعليل الأحكام أو غير ذلك ؛ ولهذا رفض التفريق بسبب غيبة الزوج أو فقده أو بسبب الإعسار عن أداء النفقة سواء كان الزوج حاضرًا أو غائبًا ، أو غير ذلك من الأسباب التي توجب التفريق عند الفقهاء [٥] .

ثانيًا : إذا كانت زوجة المفقود يخشى عليها الوقوع في الزنا ، كأن تكون شابة أو جميلة أو غير ذلك فلها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي طلبًا للتفريق سواء أكان فقد زوجها في حالة يغلب عليها الهلاك أو السلامة ، ويجب على القاضي أن يعطيها فترة

---

(١) انظر : مذاهب العلماء في التفريق لعدم الإنفاق في : دراسات في السنة لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي ١ / ٤٢٥ - ٤٢٨ ومراجعه .

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) رواه أحمد في مسنده ١ / ٣١٣ .

(٤) المحلى ١٠ / ١٣٤ .

(٥) المحلى ١٠ / ١٠٩ .

للتربص أدناها ستة أشهر وهي أقل مدة للحمل ، وذلك حتى يستطيع أن يبذل فيها قصارى جهده في التحري عن زوجها بكل الطرق والوسائل المختلفة الحديثة فإن لم يتبين للقاضي حال المفقود حكم لها بالتفريق .

ثالثًا : إذا لم تخضع زوجة المفقود للحالتين السابقتين ـ الأولى والثانية ـ فإنه يجب عليها أن تتربص سنة إذا كانت حالة الفقد يغلب عليها الهلاك ، كفقده في الحرب أو غرقه في البحر أو ما شابه ذلك .

أما إذا كانت حالة الفقد يغلب عليها السلامة كغيابه في تجارة أو سياحة أو غير ذلك ، أو كان فقد الزوج في بلاد متخلفة لم تساير التقدم والرقي الذي يشهدهما هذا العصر بحيث يصعب البحْث فيها عن المفقود ، فإنه في هذه الحالة يجب البحث عنه بعد زوال سبب الفقد مباشرة وذلك بجميع الطرق الممكنة ، فإن لم يتبين حاله فرّق القاضي بينهما بعد أربع سنوات من تاريخ الفقد ، وهي أكثر مدة للحمل [١] .

هذا ومما هو جدير بالذكر أن هذا الرأي قريب مما ذهب إليه سعيد بن المسيب ـ رضي الله عنه ـ حيث قال : « أرى أن تؤجل امرأة من فقد في الصف سنة ، ومن فقد في غير الصف أربع سنين » [٢] .

وفي نظري : إن هذا الرأي له وجاهته ؛ لأنه يلائم التقدم الهائل الذي شهدته وسائل المواصلات في هذا العصر ، تلك الوسائل التي يستطيع الإنسان بواسطتها أن يتصل بأي إنسان في أي مكان شاء في وقت قصير قد يحسب بالدقائق .

ومن ثم فلا أجد مبررًا للتمسك في هذا القرن ـ وهو القرن العشرون ـ بما قاله الفقهاء منذ أكثر من اثني عشر قرنًا ، حيث ذهبوا إلى أنه يجب على زوجة المفقود أن تتربص مدة طويلة لا تقل عن سبعين سنة إذا كان فقده يغلب عليه السلامة ، وأربع سنوات إذا كان فقده يغلب عليه الهلاك ، لأن هذا الحكم لا يساير ظروف عصرنا الحاضر ، بل لا نبالغ إذا قلنا بأنه ينافي قواعد الشريعة الاسلامية العامة ، تلك القواعد التي تحث على التيسير ورفع الحرج ودفع الضرر وما إلى ذلك .

---

(١) راجع البحث ص ـ .

(٢) انظر : المحلى ١٠ / ١٤٠ ، والتاج الجامع للأصول ٢ / ٣٥٩ .

نعم إن تحديد مدة التربص لزوجة المفقود بأربع سنوات كانت تتمشى مع طبيعة العصور الماضية ، وهذا هو ما فطن إليه الباجي في منتقاه عندما قال : « إن الأغلب في حال هذه المدة أنه يسمع فيها خبر من كان حيًا ببلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب إليها بأمره » [١] .

إذن فليس من المعقول شرعًا أو عقلا أن تكون تلك المدة ـ هي أربع سنوات ـ التي كانت مسايرة لطبيعة عصر الباجي ت : ٤٩٤ هـ ، وهو القرن الخامس الهجري ، تلائم طبيعة عصرنا الحديث ، على الرغم أن هناك بونًا شاسعًا بين طبيعة العصرين لا يخفى على كل ذي عقل سليم .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن ما أذهب إليه في مسألة المفقود لدليل كاف على مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها للبقاء في كل زمان ومكان ، تلك الشريعة التي يتغير الحكم فيها بتغير الظروف والملابسات طبقًا لمراعاة مصالح الناس ودفع الضرر عنهم ، وما أكثر الأمثلة التي تبين لنا : كيف كانت الأحكام تتغير بتغير الزمان والمكان؟

بيد أنه يتبادر هنا إلى الذهن سؤال هو : كيف نقول بهذا في مسألة المفقود ونخالف أقوال الصحابة فيها على الرغم أن أقوالهم حجة بعد النصوص كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء [٢] ؟

وللإجابة على ذلك أقول :

إننا إذا أمعنا النظر في هذه المسألة التي نحن بصددها نجد أن الخلاف شكليٌّ وليس جوهريًا ، أي أنه ليس خلافًا قائمًا على أساس الخلاف في حجية الدليل الذي يستند إليه الحكم ، بل يرجع إلى تغير الظروف والملابسات التي يتغير معها الحكم ، ومما يقوي هذا أيضًا اختلاف الصحابة أنفسهم في هذه المسألة .

أضف إلى ذلك أن هذه المسألة اجتهادية ، ولقد سوغ بعض الفقهاء كالكرخي ترك أقوال الصحابة فيما يكون اجتهادًا [٣] .

(١) انظر : المنتقى ٤ / ٩١ .

(٢) أصول الفقه للإمام أبي زهرة ص ١٦٨ .

(٣) المصدر السابق ص ١٧١ .

هذا وتعجبني هذه الكلمة الجميلة التي قالها ابن تيمية في هذه المسألة حيث قال : « إن قيل إن امرأته تبقى إلى أن يعلم خبره يقينًا أو تموت هي ، فإنه حكم عليها بأن تبقى لا أيّمًا ولا ذات زوج إلى أن تصير عجوزًا وتموت ، والشريعة لم تأتِ بمثل هذا »[1] .

كما يعجبني أيضًا ما قاله صاحب سبل السلام وهو يعقب على اختلاف الفقهاء في تحديد السن التي يحكم بعدها بموت المفقود : « وهذا كما قال بعض المحققين قضية فلسفية طبيعية يتبرأ الإسلام منها ؛ إذ الأعمار قسم من الخالق الجبار »[2] .

نوع الفرقة :

لا يُطْلَق على هذه الفرقة طلاقًا أو فسخا ، وذلك لأن الفرقة هنا أثر من آثار الحكم على موت المفقود فإذا بطل هذا الحكم بطلت آثاره كلها ، وهذا يظهر لنا واضحًا في زوجة المفقود إذا اعتدت عدة الوفاة بعد الحكم بموت زوجها ثم جاء زوجها أو ظهر حيًّا ، ففي هذه الحالة تعود لزوجها بالعقد الأول دون إبرام عقد جديد طالما لم تتزوج غيره ، أو تزوجت ولكن لم يدخل بها الزوج الثاني .

صاحب الحق في الفرقة :

إذا كانت زوجة الغائب ـ كما سنرى ـ صاحبة الحق في طلب الفرقة ؛ إذ لا يستطيع أحد غيرها طلب ذلك ، فإن الأمر في زوجة المفقود ليس كذلك ، فليست الزوجة وحدها صاحبة الحق في طلب الفرقة ، ولكن يضاف إليها كل من له مصلحة في هذا الحكم ، فإذا ما طلب أحد الورثة مثلا من القاضي الحكم بوفاة المفقود ، وحكم له القاضي بذلك ، فإن هذا الحكم يسري على الزوجة والورثة وكل من له مصلحة على السواء ، وحينئذ يجوز للزوجة أن تعتد للوفاة وتتزوج من تشاء .

ثانيًا : الفرقة بسبب الغيبة غير المنقطعة (الغياب) :

اختلف الفقهاء في التفريق بسبب الغيبة غير المنقطعة ما بين مجوزين ومانعين ، فقد

---

(١) انظر : بتصرف يسير مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠ / ٥٧٨ .

(٢) انظر : سبل السلام ٣ / ٢٠٨ .

ذهب الأحناف [١] والشافعية [٢] والجعفرية [٣] إلى أنه لا يجوز لامرأة الغائب أن يفسخ نكاحها بسبب غيبة زوجها ، طالت هذه الغيبة أم قصرت ، بعذر كانت أو بغير عذر .

وعلى هذا لا يجوز لامرأة الغائب أن تعتد أو تنكح أبدًا - كما يقول الشافعي - حتى يأتيها يقين وفاته وترثه [٤] .

كذلك ذهب إلى هذا الرأي ابن حزم الظاهري ، حيث نص في كتاب « المحلى » على القول بعدم جواز فسخ النكاح لامرأة الغائب أبدًا ، بل هي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي [٥] .

هذا عن رأي المانعين ، وفي الجانب المقابل ذهب الحنابلة والمالكية إلى جواز التفريق بسبب الغيبة ، بيد أن الحنابلة [٦] بنوا حكمهم على التفريق للغيبة على نوع الغيبة ، فإذا كانت الغيبة لعذر كالخروج للدراسة أو التجارة ، ففي هذه الحالة لا يجوز للزوجة طلب التطليق مهما طالت مدة غيبة زوجها مادامت نفقتها حاضرة .

أما إذا كانت غيبة الزوج بلا عذر ، وتضررت المرأة من هذه الغيبة ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تطليقها بناء على طلبها ، وذلك بعد مضي مدة ستة أشهر فأكثر من الغيبة ، وبعد أن يكتب إليه القاضي يخيّرهُ بين الحضور إليها أو نقل زوجته إليه ، أو التفريق بينهما .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن توقيت المدة التي يجوز بعدها طلب التطليق عند أحمد بستة أشهر من غياب الزوج يرجع إلى تشريع حدث في عهد عمر بن الخطاب ، وذلك عندما كان يحرس المدينة ، فمر بامرأة في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبُه ... وطال علي ألا خليل ألاعبُه

---

(١) انظر : الهداية ٢ / ١٨١ - ١٨٢ ، والمبسوط ١١ / ٣٤ - ٤٩ .

(٢) الأم ٥ / ٤١ .

(٣) شرائع الإسلام ص ٢١٤ ، والشريعة الإسلامية د . الذهبي ص ٣٤٧ ، وأحكام الأسرة د . محمد مصطفى شلبي ص ٦٠٧ .

(٤) الأم ٥ / ٤١ .

(٥) المحلى ١٠ / ١٣٤ .

(٦) المغني ٨ / ١٤٠ وما بعدها .

ووالله لـولا خشيــةُ الله وحـــدَه   لحُرِّكَ من هــذا السرير جـوانبُــه

وعندئذ سأل عنها عمر ؛ فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله . فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إليها زوجها فأقفله ، ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية ! كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلي عن هذا ، فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك ؟ قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر ، ومن ثم فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرًا ويقيمون أربعة ، ويسيرون شهرًا راجعين [١] .

هذا عن رأي الحنابلة ، أما المالكية [٢] ، فإنهم يرون أن المرأة إذا تضررت من غياب زوجها ، فخشيت على نفسها الوقوع في الزنا ، ففي هذه الحالة يجوز لها طلب التفريق بسبب غيبة زوجها سواء أكانت هذه الغيبة لعذر أو لغير عذر .

بيد أن المالكية يشترطون كالحنابلة أن يكتب إلى الزوج في مكان غيبته مادام معروفًا أن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها وإلا فرّق القاضي بينه وبينها ، ويحدد له مدة ذلك ، فإذا انقضت المدة التي ضربها له القاضي ولم يفعل شيئًا من ذلك طلق عليه القاضي بعد أن يتأكد من وصول الإعذار إليه ، وإذا كان لا يعرف مكانه أو لا يمكن وصول الرسائل إليه طلق القاضي بناء على طلبها إذا أثبتت غيابه سنة فأكثر وادعت خشية الفتنة والانحراف دون توقف ذلك على الإعذار إليه لعدم جدواه ، والمدة نفسها قرينة على صدق دعواها خوف الانحراف والوقوع في الآثام [٣] .

إذن نفهم من رأي الحنابلة والمالكية أن للتفريق عندهم شروطًا هي :

١ ـ لا يجوز التفريق بين المرأة وزوجها بسبب غيبته إلا بعد مضي مدة تستوحش فيها المرأة وتتضرر فعلا من غيابه ، هذه المدة قدرها الحنابلة بستة أشهر فأكثر على حين جعلها المالكية سنة فأكثر .

٢ ـ إذا كان الغائب معلوم المكان فلا يجوز للقاضي التفريق بينه وبين زوجته إلا إذا

(١) المغني ٨ / ١٤٣ .

(٢) انظر : أحكام الأسرة د . سلام مدكور ٢ / ١٨٣ ـ ١٨٤ .

(٣) المصدر السابق ٢ / ١٨٣ ـ ١٨٤ .

كتب له بأن يحضر لزوجته أو ينقلها أو يطلقها [١] ، ويضرب لـه أجلا معينـا ، ويبين له إذا مضى هذا الأجل دون أن يستجيب لطلبه فرق القاضي بينهما .

أما إذا كان الغـائب مجهول المكان ، كأن يكون معلوم الحيـاة أو المكان إجمالا ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي وقوع الفرقة بينه وبين زوجته دون أن يكتب إليه .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى ما استدل به الحنابلة ـ وكذلـك المـالكيـة ـ في جواز التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة [٢] وذلك على النحو التالي :

١ ـ روي عن النبي ﷺ أنه قـال لعبـد الله بن عمرو بن العـاص : « يـا عبـد الله ألم أخبر أنـك تصوم النهـار وتقوم الليل ؟ قلت : بلى يـا رسول الله . قـال فلا تفعـل . صم وأفطر ، وقم ونم ، فإن لجسدك عليـك حقًـا ، وإن لعينـك عليـك حقًـا ، وإن لزوجـك عليك حقًا » .

فدل هذا الحديث المتفق عليه ، أن للمرأة حقًا على الزوج .

٢ ـ روى الشعبي أن كعب بن سوار كان جالسًا عند عمر بن الخطـاب فجاءت امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين . ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي ، والله إنـه ليبيت ليلـه قائمًا ، ويظل نهاره صائمًا ، فاستغفر لهـا وأثنى عليهـا ، واستحيت المرأة وقـامت راجعـة ، فقال كعب : يا أمير المؤمنين ، هلا أعـديت المرأة على زوجهـا ، فجـاء ، فقـال لكعب : اقض بينهما . فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم ، قال : فإني أرى أنهـا امرأة عليهـا ثلاث نسوة وهي رابعتهن ، فأقضي له بثلاثـة أيـام ولياليهن يتعبـد فيهما ، ولهـا يوم و ليلـة ، فقـال عمر : والله مـا رأيـك الأول بـأعجب إليّ من الآخر ، اذهب فـأنت قـاضٍ على البصرة . وفي لفظ قال عمر : نعم القاضي أنت . وهـذه قضيـة اشتهرت فلم تنكر ، فكانت إجماعًا .

٣ ـ لو لم يكن الوطء حقًا للزوجة لما استحقت فسخ النكاح لتعـذر زوجهـا بـالجب

---

(١) للوقوف على رأي الفقهاء في وقوع طلاق الغـائب : راجع المحلى ١٠ / ١٩٧ ـ ١٩٨ ، ووسـائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ١٥ / ٣٠٥ ـ ٣٠٦ .

(٢) المغني ٨ / ١٤٠ وما بعدها .

والعنة وامتناعه بالإيلاء .

٤ ـ لو لم يكن الوطء واجبًا على الزوج لزوجته لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به كالزيادة في النفقة على قدر الواجب ، ولكن التسوية في القسم واجبة .

٥ ـ إن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما ، فهو مفض إلى رفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى رفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ، ويكون الوطء حقًا لهما جميعًا .

٦ ـ لو لم يكن الوطء حقًا للمرأة كالرجل ، لما وجب استئذانها في العزل كالأمة .

تعقيب :

هذه أهم الآراء والمذاهب التي قيلت في مسألة الفرقة بين الزوجين بسبب الغيبة غير المنقطعة ، ونحن إذا أمعنا النظر فيها نجد أنها ذات اتجاهين :

الأول : يرى عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج ، بل يجب على الزوجة أن تظل في عصمة زوجها الغائب حتى يحضر أو يحكم القاضي بموته . وهذا هو رأي الأحناف والشافعية والجعفرية وابن حزم الظاهري .

الثاني . يجوز للمرأة طلب الفرقة بسبب غياب زوجها ، وذلك إذا تحققت شروط معينة ، وهذا هو رأي المالكية والحنابلة مع خلاف بينهم في بعض هذه الشروط .

بيد أن لنا على هذين الاتجاهين ملاحظتين :

الأولى : إن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول فيه إجحاف للمرأة فيما نرى ، حيث يسبب لها ظلمًا كبيرًا نتيجة الضرر الفادح الواقع عليها ، إذ كيف يغيب الرجل عن زوجته بلا عذر مقبول ، كأن يخرج للنزهة مثلاً في بلد بعيد أو يسافر لكسب غير مشروع أو غير ذلك ، ومع ذلك لا يجوز للمرأة طلب الفرقة بسبب ذلك ، بل يجب عليها أن تنتظره مدة طويلة حتى يبلغ عمره السبعين أو الثمانين أو التسعين أو غير ذلك مما اختلف فيه الفقهاء ، ثم ترفع أمرها إلى الحاكم ثم تعتد وتحل للزواج حينئذ .

فأي معنى للزواج وقتئذ ؟! إن المرأة تكون في هذه السن قد ماتت ، أو حية

ولكنها طعنت في سن يعزف النساء في الأعم الأغلب عن عملية الوطء فيها ، ولكن هب أن هذه الزوجة الطاعنة في السن تريد أن تتزوج ، فمن الذي يتزوجها من الرجال عندئذ ؟!

إنه - في رأيي - إعنات بالمرأة ما بعده إعنات .

الثانية : إن بعض ما استدل به أصحاب الاتجاه الثاني - المالكية والحنابلة - لنا فيه مقال ، فمثلاً استدلالهم على أحقية الوطء للمرأة بوجوب القسم بين الزوجات يحتاج إلى نظر ؛ لأن القسم واجب عليه فقط في النفقة والكسوة والمبيت ، وليس في عملية الوطء ، وهذا هو ما نفهمه مما روته عائشة رضي الله عنها ، أنها قالت : كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول : « اللهم هذا قَسْمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك »[1] .

الرأي المختار :

وبعد أن وقفنا فيما سبق على اختلاف العلماء في وقوع الفرقة بسبب غيبة الزوج عن زوجته غيبة غير منقطعة ، فإن الراجح - في رأيي - أنه إذا غاب الزوج عن زوجته لعذر مشروع كطلب العلم ، أو الجهاد في سبيل الله ، أو الكسب المشروع ، أو غير ذلك ، وتعذر استصحاب زوجته معه فليس للزوجة حق طلب الفرقة أبدًا سواء طالت مدة غيابه أو قصرت ، تضررت في غيابه أم لم تتضرر ، ما دام قد ترك لها ما تنفق به على نفسها ، وهذا هو رأي الحنابلة ، إذ كيف يجوز تطليق المرأة دون إذن زوجها وهو غائب في عذر مشروع ، كطلبه للعلم أو الجهاد في سبيل الله ، فهل يعقل أن يعاقب الزوج بتطليق امرأته دون رضاه جزاء سعيه لأداء فريضة يباركها الله تعالى ، ويقول فيها النبي ﷺ : « من سلك طريقًا يلتمس فيه علمًا سهل الله له طريقًا إلى الجنة ، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضًا بما يصنع ، وإن طالب العلم ليستغفر له من في السماء والأرض حتى الحيتان في الماء ، وإن فضل العالم عن العابد كفضل القمر على سائر الكواكب ، وإن العلماء ورثة الأنبياء ، وإن الأنبياء لم يورثوا دينارًا ولا درهمًا وإنما ورثوا العلم ، فمن أخذه أخذ بحظ وافر »[2] .

---

(١) رواه أبو داود في كتاب (النكاح) باب (القسم بين النساء) ٢ / ٦٠١ .

(٢) رواه ابن ماجة في المقدمة باب (فضل العلماء والحث على طلب العلم) ١ / ٨١ .

ثم أي مفسدة أعظم من طلاق المرأة دون رضا زوجها جزاء امتثاله لقول الله تعالى :﴿ انفروا خفافًا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ﴾ ، ولقول النبي ﷺ : « رباط يوم في سبيل الله خير من الدنيا وما عليها ، وموضع سوط أحدكم من الجنة خير من الدنيا وماعليها ، والروحة يروحها العبد في سبيل الله تعالى أو الغدوة خير من الدنيا وما عليها »[٢] .

ومما يؤيد ما أذهب إليه أن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق حقًا للرجل وحده ، وفي هذا يقول النبي ﷺ : « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »[٣] ، كما نفهم ذلك من قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾[٤] ، وقوله : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾[٥] ، وغير ذلك من الآيات والأحاديث التي تفيد هذا المعنى .

إذن ليس من الجائز - في رأيي - شرعًا أو عقلاً أن يسوغ لغير الزوج أن يطلق زوجته دون أن يرتكب هذا الزوج مبررًا يوجب هذا التطليق اللهم إلا غيابه عن زوجته بعذر مشروع ، دون أن يقصد بهذا الغياب تضرر زوجته .

هذا عن غياب الزوج بعذر مشروع ، أما إذا غاب الزوج عن زوجته بلا عذر مقبول لها كالنزهة أو السياحة أو التجارة غير المشروعة أو ما شابه ذلك ، فإنه في هذه الحالة يجوز للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب منه التفريق وذلك حسب الشروط السابقة[٦] ؛ لأن الزوج في هذه الحالة يسبب لها ضررًا فادحًا بتركها وحيدة محبوسة في بيته بلا مسوغ .

ومما يؤيد هذا الرأي أن ديننا الإسلامي لا يجوز فيه أن يضر الإنسان بنفسه أو بغيره مصداقًا لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[٧] ، فضلاً عن أن هذا الرأي يتمشى مع القواعد الشرعية أن « الضرر يزال » ، وأن « درء المفاسد مقدم على جلب المنافع » وأن « الدين يسر لا عسر » ، و« رفع الحرج » وما إلى ذلك من هذه القواعد .

(١) التوبة : ٤١ .

(٢) رواه البخاري في كتاب (الجهاد والسير) باب (فضل رباط يوم في سبيل الله) ٢ / ١٠٢ .

(٣) انظر : سنن الدارقطني ٤ / ٣٧ .

(٤) الطلاق : ١ .

(٥) البقرة : ٢٣٦ .

(٦) انظر هذه الشروط ص من هذا البحث .

(٧) انظر تخريج هذا الحديث ص . من هذا البحث .

ثم أين إذن الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان من رجل غاب عن زوجته بلا عذر، ثم يريد منها أن تظل له فراشًا، على الرغم من تركها وحيدة وهي تعاني من الوحشة والوحدة خلال مدة غيابه الطويلة، فهذا في نظري أمر لا تستقيم معه الحياة الزوجية، تلك الحياة التي يجب أن تقوم على المودة والمحبة والرضا والألفة والتعاون وما إلى ذلك من مبادئ سامية نفهمها من قول الله تعالى: ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ [1].

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن هذا الرأي - جواز التفريق بسبب الغيبة بلا عذر - له وجاهته وبخاصة في مجتمعاتنا الإسلامية، تلك المجتمعات التي يجب أن تُبنى على العفة والطهارة، وذلك لأن هذا الرأي يمنع انتشار الرذيلة فيها ويسد أمامها كل طريق، لأن كثيرًا من الزوجات وبخاصة صغيرة السن، لا تستطيع أن تتحمل غياب زوجها عنها، فترفع حينئذ أمرها إلى القاضي لتطلب منه التفريق، وفي هذه الحالة لا يكون أمامها إلا طريقان، إما أن يستجيب القاضي لطلبها، ووقتئذ تعتد ثم تتزوج زوجًا غيره، وبهذا المسلك تصون كرامتها وتحافظ على عفتها وشرفها. وإما أن يرفض القاضي طلبها، فتظل حينئذ حبيسة منزلها، وربما دفعها هذا الحبس إلى انخراطها في طريق الرذيلة والوقوع في جريمة الزنا؛ تلك الجريمة التي لا يرضاها شرع أو عقل.

إن الطريق الأول وهو الاستجابة إلى طلب التفريق أقرب إلى الصواب في نظري؛ لأنه يوافق القاعدة الأصولية المقررة في الشريعة الإسلامية وهي «سد الذرائع»، وبهذا تُصان الأنساب، ويُحدّ من انتشار الفساد الخُلُقي في المجتمعات.

نوع الفرقة:

إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي طالبًا التفريق بسبب غياب زوجها، وفرق القاضي بينهما، فما نوع هذه الفرقة إذن؟

أو بمعنى آخر: هل تعد هذه الفرقة طلاقًا أم فسخًا؟

---

(١) الروم: ٢١.

يرى المالكية أنها طلاق بائن ، على حين يرى الحنابلة أن هذه الفرقة تعد فسخًا لا طلاقًا .

المذهب المختار : في رأيي ، إن ما ذهب إليه الإمام هو الراجح في هذه المسألة ؛ لأنه أقرب إلى روح التشريع ومقاصده ، ذلك التشريع القائم على السهولة والتيسير والمصلحة ورفع الحرج وغير ذلك من القواعد التي تسهل على العباد ، وهذا يظهر لنا واضحًا جليًا فيما إذا عاد الزوج الغائب إلى زوجته بعد وقوع الفرقة ، فمن قال إنها فسخ وهم الحنابلة - لم يحتسبه طلقة ، وهذا يعطي الزوج الغائب الفرصة الكافية ليعود إلى زوجته مرة ثانية ؛ لأنه لو كان قد طلق امرأته تطليقتين ثم فرق القاضي بينهما للغياب ، ثم عاد وأراد أن يتزوجها فله ذلك ، لأنه ليس له غير تطليقتين ، وفي هذا محافظة على بقاء الحياة الزوجية واستمرارها .

أما من قال : إنه طلاق ، فليس للزوج الغائب حق مراجعتها في هذه الحالة حتى تنكح زوجًا غيره ؛ لأنه بالتفريق كملت الطلقات الثلاث فيجب عليه الامتثال لقوله تعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره ﴾ [1] ، وفي هذه الحالة الثانية تفكيك للأسرة وتشريد للأطفال وضياعهم وما إلى ذلك من أمور ليست في مصلحة أحد من الزوجين .

صاحب الحق في هذه الفرقة :

إذا كانت الزوجة هي التي تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها دفعًا للضرر الواقع عليها ، والناجم من بُعْد زوجها عنها ، فإنها بذلك تكون صاحبة الحق وحدها في هذه الفرقة ؛ لأن القاضي لا يستطيع التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة إلا بعد طلب الزوجة منه ذلك .

هذا ومما يدل على أن الزوجة وحدها هي صاحبة الحق في هذه الفرقة لأنها - أي الزوجة - لو آثرت الصبر والبقاء في منزل زوجها على الرغم من وقوع الضرر عليها بسبب غيابه عنها فلا يملك أحد طلب التفريق بينهما ؛ أنها صاحبة الحق الوحيدة في هذه الفرقة ، وإذا فرق القاضي دون طلبها كان التفريق باطلاً .

---

(١) البقرة : ٢٣٠ .

المبحث الثاني

في الشريعة المسيحية

المبحث الثاني

في الشريعة المسيحية

تمهيد :

في نظري إذا كان المسيحيون - كما سنرى - يختلفون ما بين مجوزين ومانعين في وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب غيبة الزوج ، فإنه لجدير بنا قبل مناقشة هذه المسألة عندهم ، أن نشير بإجمال إلى الطوائف المسيحية المتعددة ، وكذلك مصادر التشريع عندهم وذلك على النحو التالي :

ا - الطوائف المسيحية :

لقد كان لاختلاف المسيحيين حول طبيعة المسيح [١] السبب في انقسام المسيحيين إلى طوائف وملل متعددة ، أهمها وأشهرها الآن طوائف ثلاث هي :

ا - الأرثوذكس :

لقد أعلن مذهب الأرثوذكس عن طبيعة المسيح في مجمع عقد بمدينة إفسس بالأناضول سنة ٤٣١ ، حيث اتخذ هذا المجمع قرارًا يوافق عقيدة البابا كيرلس بطريرك الإسكندرية ، وهو يقضي بأن للمسيح طبيعة واحدة ومشيئة واحدة ، وفي هذا المعنى يقول البابا كيرلس : « إن لسيدنا يسوع المسيح أقنومًا واحدًا إلهيًا اتحد بالطبيعة الإنسانية اتحادًا تامًا بلا اختلاط ولا امتزاج ولا استحالة ، فالعذراء والحالة هذه هي بحق والدة الإله ، فريم لم تلد إنسانًا عاديًا بل ابن الله المتجسد ، لذلك هي حقًا أم الله » [٢] .

هذا وقد يسمى هذا المذهب (الأرثوذكس) بالمذهب اليعقوبي نسبة إلى داعية مشهور اسمه يعقوب البرادعي ، قام بالدعوة له ونشره ، كما تسمى كنيستهم أيضًا بكنيسة الروم الأرثوذكسية أو الكنيسة الشرقية أو اليونانية ؛ لأن أكثر أتباعها من الروم

---

(١) اقرأ الآراء حول طبيعة المسيح في المسيحية د . أحمد شلبي ص ١٩٢ - ١٩٥ .

(٢) انظر : المسيحية ص ٢٣٨ - ٢٤٢ .

الشرقيين ومن البلاد الشرقية على العموم كروسيا والبلقان واليونان [١] .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن انفصال الكنيسة الأرثوذكسية عن الكنيسة الكاثوليكية كان في أيام ميخائيل كارولا ريوس بطريرك القسطنطينية سنة ١٠٥٤ ، وكان لهذا الانقسام أسباب سياسية ودينية ذكرت مبثوثة في مظانها في المصادر المسيحية[٢] .

طوائف الأرثوذكس - ينقسم المذهب الأرثوذكسي إلى عدة طوائف هي :

١ - طائفة الأقباط الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة القبطية المصرية .

٢ - طائفة الروم الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة اليونانية .

٣ - طائفة الأرمن الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة الأرمنية .

٤ - طائفة السريان الأرثوذكس : وتتبع الكنيسة السورية .

ب - الكاثوليك :

لقد اعتنقت هذا المذهب كنيسة روما واتخذت به قرارًا في مجمع خلقيدونية سنة ٤٥١ ، وهذا المذهب يري أن للمسيح طبيعتين ومشيئتين ، فالمسيح أقنوم إلهي بحت ، ولكن له ذاتان وكيانان هما الله والإنسان .

هذا وتسمى كنيستهم باسم الكنيسة الكاثوليكية أو الغربية أو اللاتينية ، ومعنى الكاثوليكية أي العامة ؛ لأنها تَدّعي أم الكنائس ومعلمتها ؛ ولأنها وحدها التي تنشر المسيحية في العالم ، وسميت غربية أو لاتينية لامتداد نفوذها إلى الغرب اللاتيني خاصة ، أي إلى بلاد إيطاليا وبلجيكا وفرنسا وأسبانيا والبرتغال ، وإن كان لها أتباع فيما عدا ذلك من البلدان .

كما تسمى أيضًا بالكنيسة البطرسية أو الرسولية ؛ لأن أتباعها يدعون أن مؤسسها

---

(١) المصدر السابق : ١٩٣ - ١٩٤ ، ٢٣٩ .

(٢) انظر : المسيحية ص ٢٣٩ - ٢٤١ للوقوف على هذه الأسباب .

الأول هو بطرس الرسول كبير الحواريين ورئيسهم والبابوات في روما خلفاؤه [١] .

طوائف المذهب الكاثوليكي :

١ ـ طائفة الأقباط الكاثوليك .

٢ ـ طائفة الروم الكاثوليك .

٣ ـ طائفة الأرمن الكاثوليك .

٤ ـ طائفة السريان الكاثوليك .

٥ ـ طائفة الموارنة الكاثوليك .

٦ ـ طائفة الكلدان الكاثوليك .

٧ ـ طائفة اللاتين الكاثوليك .

جـ ـ البروتستانت :

لقد ظهر هذا المذهب في القرن السادس عشر على يد الراهب الألماني مارتن لوثر، حيث انتقد الكنيسة الكاثوليكية ، وذهب إلى أن الإنجيل هو المصدر الوحيد للديانة المسيحية ، ولكن فهمه ليس وقفًا على رجال الكنيسة كما ترى الكنائس الأخرى ، ولكن لكل فرد قادر الحق في فهمه ، وجميعهم متساوون ومسئولون أمام هذا الكتاب [٢] .

هذا وعلى الرغم من تعدد طوائف هذا المذهب إلا أن القانون المصري اعتبرهم طائفة واحدة وهي « طائفة الإنجيليين الوطنيين » إشارة إلى أنهم لا يعترفون إلا بالإنجيل وحده.

ب ـ مصادر الشريعة المسيحية :

يعدُّ الكتاب المقدس [٣] المصدر التشريعي الوحيد الذي يحتج به المسيحيون جميعًا

---

(١) المصدر السابق : ١٩٤ ، ٢٢٨ ـ ٢٣٩ . (٢) انظر : المسيحية ص ٢٤١ ـ ٢٤٢ .

(٣) يشمل الكتاب المقدس العهدين القديم والجديد ، أما العهد القديم فيتضمن تسعة وثلاثين سفرًا ، الخمسة الأسفار

على اختلاف طوائفهم ومللهم ، أما قوانين الرسل [١] وقرارات المجامع [٢] والعرف [٣] فهي مصادر تشريعية مشتركة يحتج بها الأرثوذكس والكاثوليك دون الإنجيليين [٤] .

بيد أن مما تجدر الإشارة إليه أنه بالإضافة إلى هذه المصادر التشريعية العامة التي يشترك فيها جميع المسيحيين أو بعضهم ، إلا أن الذي نريد أن ننبه عليه هنا أن لكل طائفة من هذه الطوائف المسيحية المتعددة مصادر تشريعية خاصة بها تستقي منها أحكامها .

هذا ولما كانت طوائف الأرثوذكس دون غيرها من الطوائف المسيحية الأخرى تعطي المرأة حق طلب التطليق بسبب غيبة الزوج - كما سنرى - فإنه لجدير بنا أن نشير هنا فقط إلى أهم المصادر التشريعية الخاصة التي تعتمد عليها طوائف الأرثوذكس في استقاء أحكامها ، وذلك لصلة هذه الطوائف الوثيقة ببحثنا دون غيرها من الطوائف الأخرى ، وذلك على النحو التالي :

= الأولى هي التوراة التي أنزلت على موسى عليه السلام كما يرى اليهود والنصارى ، أما الأسفار الأخرى فتتضمن أخبار بني إسرائيل من بعد موسى ، وتاريخهم وأناشيدهم ونبوءاتهم .

أما العهد الجديد فيشمل الأناجيل الأربعة المعتمدة عند المسيحيين وهي أناجيل : متى ومرقس ولوقا ويوحنا ، كما يشمل أيضًا هذا العهد أعمال رسل المسيحيين ورسائل القديسين عندهم ، وأهمها رسائل بولس ورؤيا القديس يوحنا .

(١) قوانين الرسل : يقصد بها الكتابات المنسوبة للرسل ، وهي خمسة كتب : فقه الرسل الاثني عشر (الديداخا) ، وتعاليم الرسل (الدسقلية) ، والمرسوم الكنسي المصري ، والقواعد الكنسية ، والقواعد الشرعية اللاحقة للصعود .

(٢) قرارات المجامع : وتتمثل في الاجتماعات التي يعقدها رجال الكنيسة لمناقشة ووضع الحلول لبعض المشاكل المعروضة ، وهي عامة أو محلية :

أما المجامع العامة أو المسكونية : نسبة إلى أنها تضم ممثلين عن العالم المسكون ؛ لذا تسري أحكامها على كافة المسيحيين ، ومن هذه المجامع المجمع عليها : مجمع نيقية عام ٣٢٥ ، والقسطنطينية عام ٣٨١ ، وأفسوس الأول عام ٣٤١ ، وأفسوس الثاني عام ٤٤٩ .

وأما المجامع المحلية : فتقتصر أحكامها على أساقفة أو كنائس إقليم معين ، ولذلك فهي لا تلزم إلا الأفراد الذين يتبعون هذا الإقليم .

(٣) العرف : هو ماجرى عليه العمل بقبول وموافقة رجال الكنيسة المختصين ، وهو قد يكون عامًا ، وقد يتخذ طابعًا إقليميًا .

(٤) راجع هذه المصادر بالتفصيل في الأحوال الشخصية د . جميل الشرقاوي ٥٩ - ٧٣ ، وأحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين د . العطار ص ١٠ - ١٥ ، والنظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية د . حسين منصور ٢٨ / ٣١ .

ا ـ الأقباط الأرثوذكس : إن أهم المصادر التي تعتمد عليها هذه الطائفة هي : مجموعة البطريرك كيرلس الثالث (بن لقلق) عام ١٩٣٧ ، والمجموع الصفوي لابن العسال ١٢٣٩ م ، والخلاصة القانونية للايغو مانونسي فيلو ثاؤس عام ١٨٩٦ ، ، ومصباح الظلمة لإيضاح الخدمة لابن كبر.

يضاف إلى ذلك مجموعات من النصوص وضعت في مسائل الأحوال الشخصية لهذه الطائفة كمجموعة سنة ١٩٣٨ م الصادرة من المجلس الملي العام ، ومشروع القانون الصادر في عام ١٩٥٥ م .

ب ـ السريان الأرثوذكس : يعد كتاب (الهدى) لابن العبري المرجع الأول لأحكام الأسرة عند هذه الطائفة ؛ يضاف إليه ما قام به الراهب يوحنا دولياني ، حيث صاغ هذا الكتاب في مجموعة نصوص طبعت بالقدس سنة ١٩٤٥ م .

جـ ـ الروم الأرثوذكس : لقد أصدر البطريرك نيقولاس الإسكندري مجموعة نصوص سنة ١٩٣٧ م ، ثم تم تعديلها عام ١٩٥٠ م ، وهي ما يجري عليها العمل الآن .

د ـ الأرمن الأرثوذكس : يعد كتاب « الأحكام القضائية » لمختار جوش أول مجموعة فقهية عندهم ، وكذلك لهم مجموعة أخرى وضعت عام ١٩٤٠ م وسميت بـ « قانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة » .

هذا وبعد أن وقفنا فيا سبق على المصادر العامة للشريعة المسيحية . وكذلك المصادر التشريعية الخاصة لطوائف الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف الأخرى ، فإنه قد آن الأوان في الصفحات المقبلة أن نقف على آراء الطوائف المسيحية بالنسبة لزوجة الغائب ، وذلك كا نطقت مصادر شريعتهم العامة والخاصة .

أولاً ـ الأرثوذكس :

أجمعت الطوائف الأرثوذكسية على جواز التطليق بسبب غيبة أحد الزوجين وذلك على النحو التالي :

أ ـ في شريعة الأقباط :

لقد نصت المادة ٥٢ من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادر سنة ١٩٣٨ ، وكذلك المادة ٥٠ من القانون الصادر سنة ١٩٥٥ على أنه : « إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته ، وصدر حكم بإثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق »[1] .

هكذا نفهم من هاتين المادتين أن الغياب المسوغ للتطليق هنا هو الغياب المنقطع ـ أي الفقد ـ إذ لا يجوز طلب التطليق بسببه إلا بعد مرور خمس سنوات متوالية على الأقل ، ولكن الذي نريد أن ننبه عليه هنا أنه « وفقًا لحكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ـ الذي يسري على المصريين المسلمين وغير المسلمين على اختلاف طوائفهم (م ٣٢ مدني) ـ قد ينتهي الزواج بعد أربع سنوات على الأقل من غياب المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك ، أو عند صدور قرار من وزير الحربية باعتبار المفقود ميتًا ، وهو ما قد يحدث خلال سنة أو أقل أو أكثر من فقده »[2] .

كذلك فإنه مما تجدر الإشارة إليه هنا أيضًا أنه إذا كانت هذه المواد السابقة لم تنص على حكم الغائب غيبة غير منقطعة (أي معلوم الحياة والمكان) ، فإننا وجدنا هذا الحكم منصوصًا عليه في المجموعات الفقهية السابقة للأقباط الأرثوذكس ؛ إذ جاء في قوانين ابن لقلق أنه : « إذا أسر أحد المتزوجين وغاب سبع سنين ولم يعلم هل هو حي أو لا ، فللزوجة أن تتزوج بغيره ، وما دام يعلم بقاؤهما فلا فسخ إلا إذا طالت المدة ، وثبت أن الغائب قد تزوج أو أن الرجل لم ييسر نفقة للمرأة ، فللرئيس تدبير الحاضر »[3] .

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٤٢١ .

(٢) انظر : أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ، د . عبد الناصر العطار ص ٢٣٩ .

(٣) الأحوال الشخصية د . الشرقاوي ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣ .

وإلى هذا أيضًا ذهبت الخلاصة القانونية حيث نصت على أنه : « إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لا يعلم مقره ولا حياته من عدمها ، واستمر أمره هكذا مجهولا من خمس سنوات إلى سبع سنوات ولم يحتمل قرينة الانتظار أكثر من ذلك ، ويرغب بعد مضي هذه المدة التصريح له بالزواج ، يجاب إلى ذلك اللهم إلا إن طالت المدة ، أعني تجاوزت السبع سنوات ، أو ثبت أن الغائب قد تزوج ، أو كان الغائب هو الرجل ولم يبعث لامرأته النفقة ، وتشكى الفريق الآخر من ذلك ، فللرئيس الروحي تدبيره أمره من جهة الزواج بحسب ما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع » (١) .

غير أنه إذا كانت هذه المجموعات الفقهية قد نصت على جواز التطليق بسبب الغيبة غير المنقطعة ، فإنه في الجانب المقابل يرى فريق آخر من هذه الطائفة عدم جواز التطليق لهذا السبب (٢) .

هذا وبعد أن وقفنا فيما سبق على موقف الأقباط الأرثوذكس من التطليق بسبب الغيبة ، فلعله من المفيد أن نثبت هنا لائحة الأحوال الشخصية الخاصة بهذه المسألة عند الأقباط الأرثوذكس ، فهاك نصها :

١٦٢ ـ الغائب هو من لا يُدرى مكانُه ، ولاتعلم حياته من وفاته .

١٦٣ ـ إذا غاب شخص عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره خمس سنوات ، لذوي الشأن أن يطلبوا من المجلس الملي الحكم بإثبات غيبته ، ويجب على المجلس قبل الحكم بإثبات الغيبة أن يأمر بعمل تحقيق لمعرفة أسباب الغيبة والظروف التي انقطعت فيها أخبار الغائب .

١٦٤ ـ يجب إعلان الحكم القاضي بالتحقيق ، والحكم النهائي القاضي بإثبات الغيبة ونشرها بالطرق الإدارية .

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٩ ـ ٤٠ ، المسألة رقم ٢٥ (٨٣ ـ ٨٤) .

(٢) الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٤٢٤ .

١٦٥ ـ يجب ألا يصدر الحكم بإثبات الغيبة إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحكم القاضي بالتحقيق .

١٦٦ ـ الغائب يعتبر حيًّا فيما يضر من الأحكام التي تتوقف على ثبوت موته ، فلا تتزوج زوجته أحدًا حتى يصدر حكم نهائي بالطلاق ولا يقسم ماله على ورثته .

١٦٧ ـ الغائب يعتبر ميتًا فيما يفيده من الأحكام التي تتوقف على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه في الإرث وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته .

١٦٨ ـ يجوز الحكم بوفاة الغائب بعد مضي ثلاثين سنة من الحكم بإثبات غيبته أو مضي تسعين سنة من حين ولادته .

١٦٩ ـ متى حكم بموت الغائب يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ، ويرد نصيبه في الميراث إلى من يرث مورثه عند موته ، ويرد الموصى له به إن كان له وصية إلى ورثة الموصي (ويجوز لزوجته أن تتزوج) .

١٧٠ ـ إذا علمت حياة الغائب أو حضر حيًّا في وقت بعد الحكم بوفاته ، فإنه يرث من مات قبل ذلك من أقاربه وله أن يسترد الباقي من ماله في أيدي ورثته ، وليس له أن يطالبهم بما ذهب [١] .

ب ـ في شريعة الأرمن الأرثوذكس :

ذهب الأرمن الأرثوذكس إلى جواز التطليق بسبب أي غيبة كانت منقطعة أو غير منقطعة ، وهذا هو ما نفهمه من المادة (٤٧) من قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة حيث نصت على أنه يجوز الطلاق لغياب أحد الزوجين مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بغير مبرر [٢] .

---

(١) المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين ١٧٧ ـ ١٧٨ ، والزواج والطلاق في جميع الأديان ص ٣١٨ ـ ٣١٩ .

(٢) انظر : الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٤٣٢ .

جـ ـ شريعة الروم :

كذلك ذهب الروم إلى جواز التطليق بسبب الغيبة المطلقة ، حيث قضت المادة ١٠ من لائحة الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس الصادرة بالقاهرة في ١٥ / ٣ / ١٩٣٧ على أنه « لا يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عند اختفاء الآخر مدة ثلاث سنوات »[(١)] .

د ـ في شريعة السريان الأرثوذكس :

تقضي المادة ٩٣ عند السريان الأرثوذكس بأنه : « إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لا يعلم مقره ولا حياته من عدمها واستمر أمره هكذا مجهولا من خمس سنوات إلى سبع سنوات ، ولم يحتمل قرينه الانتظار أكثر من ذلك ويرغب بعد مضي هذه المدة في التصريح له بالزواج يجاب إلى ذلك بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الشرعي غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أقله خمس سنين ولم يظهر له خبرٌ كل هذه المدة ولم يبق لقرينه طاقة على الاحتمال أو رغبة في الانتظار أكثر » .

هكذا أوضحت هذه المادة حكم المفقود ، أما الغائب ـ غيبة غير منقطعة ـ فنصت عليه المادة ٩٤ حيث قالت : « وأما إذا كانت حياة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ، ومقره معلومًا فلا يفسخ الزواج اللهم إن طالت المدة أعني تجاوزت سبع سنوات ، أو ثبت أن الغائب قد تزوج ، أو أن كان الغائب هو الرجل ولم يبعث لامرأته نفقة كل هذه المدة وتشكى الفريق الآخر من ذلك ، فللرئيس الروحي تدبير أمره من جهة الزواج بحسب ما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع » .

هكذا جاء نص هذه المادة صريحًا في حكم الغائب ، على حين نصت المادة ٩٦ على وجود خلاف في شريعة السريان على جواز الفسخ في هذه الحالة (حالة الغائب غيبة غير منقطعة) ، حيث قالت : « والنتيجة أنه يعتبر في حالة الغائب المجهول أمره أو المعلوم مدة خمس سنوات إلى سبع سنوات ، ومتى مضت مدة ولم يطق قرينه الاحتمال ورغب الانفصال ، فللرئيس الروحي النظر في إجابته ، بينما بعضهم يرتئي بخلاف

---

(١) الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٤٣٢ .

ذلك ، أي أن المرتبطة بالرجل مادام حيًا حسب تصريح الكتاب ، فإن ثبت موته ولو حكمًا رخص للباقي بالزيجة ، أما إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظره الآخر حتى يعود اتباعًا لأمر الكتاب »[1] .

تلك هي نصوص المواد كما وردت في شريعة السريان الأرثوذكس ، ولنا عليها ملاحظتان :

الأولى : لقد ذهبت شريعة السريان الأرثوذكس إلى ماذهبت إليه شريعة الأقباط الأرثوذكس ، وهذا يتضح لنا جليًا بالمقارنة بين ماجاء في المادتين (٩٣ ، ٩٤) عند السريان الأرثوذكس ونص الخلاصة القانونية عند الأقباط الأرثوذكس .

الثانية : يظهر لنا من هذه النصوص أنه لا خلاف عند السريان لجواز التطليق بسبب الفقد ، أما الغائب ففيه خلاف بينهم .

تعقيب :

يتضح لنا من هذه المواد السابقة إجماع الأرثوذكس على اختلاف طوائفهم على جواز الفسخ بسبب الفقد - الغيبة المنقطعة - وذلك على خلاف بينهم في تحديد المدة التي يجوز بعدها طلب الفسخ ، وهي ثلاث سنوات عند الروم والأرمن ، وخمس سنوات على الأقل عند السريان والأقباط .

أما الغيبة غير المنقطعة - (الغائب) - ففيها خلاف عند الطوائف الأرثوذكسية ، فعلى حين جعلها الأرمن والروم سببًا مسوغًا لطلب الفسخ ، نجد أن الأقباط والسريان اختلفوا في شأنها مابين مجوزين ومانعين .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن التفريق للغيبة عند طوائف الأرثوذكس لا يتم عندهم إلا بصدور حكم بإثبات الغيبة ؛ وهذا الشرط وقائي معقول للغاية إذ إن التطليق ضرر للزوج الغائب فلا يجوز الحكم به إلا بعد التأكد منه أنه غائب حقًا ، ولا يصح أن يترك مثل هذا الأمر لمجرد ادعاء الزوجة بغياب زوجها خشية التحايل للحصول على التطليق لذلك كان معقولاً استلزام صدور حكم بإثبات الغيبة ، ولا داعى

(١) الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٤٢١ - ٤٢٢ .

للتعرض للأحكام الخاصة بصدور حكم الغيبة في أيام أعمال الملية لزوالها ، ولكن المهم قوله أن الحكم بثبوت الغيبة من اختصاص محكمة الأحوال الشخصية ودوائر الولاية على المال ، وتختص المحكمة الجزئية بإصدار هذا الحكم قابلاً للاستئناف إذا لم تزد أموال الغائب عن ثلاثة آلاف جنيه ، وتختص المحاكم الابتدائية بذلك إذا ما زادت أمواله عن النصاب السابق (١) .

ثانيًا : شريعة الكاثوليك :

تُجمع الطوائف الكاثوليكية على عدم انحلال الزواج بسبب الغيبة أو لأي سبب آخر غير الموت ، وذلك يرجع إلى نظرتهم للزواج حيث يعتبرونه سرًا مقدسًا يقتضي الدوام والتأبيد ، ولذا فقد حرمت هذه الطوائف الطلاق والتطليق ـ مهما كانت الأسباب وأيًا كانت الوسائل ـ وأخذت بمبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال بغير الموت على وجه لا مثيل له عند الكنائس الأخرى (٢) .

وتستند هذه الطوائف في رأيهم إلى ماجاء في إنجيل مرقس ولوقا على لسان المسيح حيث قال : « من طلق امرأته وتزوج بأخرى فقد زنى ، وإن فارقت المرأة زوجها وتزوجت آخر فهي زانية » (٣) .

كذلك تستدل بما ورد عن المسيح أيضًا أنه قال : « من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ، ويكون الاثنان جسدًا واحدا ؟ إذ ليسا بعدُ اثنين بل جسد واحد ، فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان » (٤) .

أما ماورد في إنجيل متّى على لسان المسيح مِنْ أن من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزني ، ومن يتزوج مطلقة فإنه يزني ، فإن هذا القول لا يعني عندهم جواز الطلاق بسبب الزنا ، ولكن المراد به انفصال كل من الزوجين انفصالاً جثمانيًا في المسكن والفراش والمائدة مع استمرار الزواج قائمًا بين الزوجين بحيث لا يحل للزوج ولا للزوجة

---

(١) انظر : شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية د . إهاب اسماعيل ص ١٩٧ .

(٢) انظر : أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين د . العطار ص ٢٠٨ .

(٣) انظر : إنجيل مرقس ١٠ : ١١ ، ولوقا ١٦ : ١٧

(٤) إنجيل مرقس الإصحاح العاشر الأعداد ٧ ـ ١٢ .

الزواج من آخر إلا إذا مات أحدهما [١] .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أنه نتيجة لاتجاه هذه الطوائف في القول بعدم قابلية الزواج للانحلال ، إلا أنهم حاولوا من جانب آخر أن يخففوا من شدة هذا الاتجاه وذلك بأمور تخرج عن نطاق دراستنا [٢] .

وبعد ففي ضوء ماسبق نستطيع أن تقرر أن الطوائف الكاثوليكية لا تجيز الفسخ بسبب الغيبة أو لأي سبب آخر ؛ لأن « الزواج الصحيح المقرر المكتمل لا يمكن حله بسلطان بشري أيًا كان ولأي سبب كان ما خلا الموت » [٣] .

ثالثًا : شريعة البروتستانت (الإنجيليين) :

لا تعد الغيبة سببًا من الأسباب التي توجب الفسخ في شريعة البروتستانت ، حيث قضت المادة ١٨ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الإنجيلية بمصر على أنه : « لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومي (أي المجلس الملي وحلت المحكمة مكانه الآن) وفي الحالتين الآتيتين :

أولا : إذا زنى أحد الزوجين ـ الرجل أو المرأة ـ وطلب الزوج الآخر الطلاق .

ثانيًا : إذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق » .

ثم جاءت المادة ١٩ ، وزادت الحالة الثانية ـ من المادة السابقة ـ وضوحًا وتفصيلاً ، فنصت على أنه : « في الحالة الثانية المذكورة في المادة السابقة (١٨) ، لا يحكم بالطلاق إلا لصالح الزوج الذي بقي على دينه المسيحي » [٤] .

نفهم من هذا أن الطلاق عند الإنجيليين (البروتستانت) في مصر لا يجوز إلا لسببين هما : زنا الزوج أو الزوجة ، وخروج أحدهما عن الدين المسيحي ، أما الغيبة أو

---

(١) انظر : أحكام الأسرة ٢٠٩ ـ ٢١٠ لتقف على مزيد من الأدلة التي يستند إليها الكاثوليك في رأيهم .

(٢) راجع ذلك في : أحكام الأسرة ص ٢١٠ وما بعدها .

(٣) مبادئ الأحوال الشخصية د . إهاب ص ١٢٦ .

(٤) انظر : تشريعات الأحوال الشخصية ص ٤٠٣ .

غيرها من الأسباب الأخرى التي توجب الفسخ عند طوائف الأرثوذكس فلا تصلح أن تكون سببًا لفسخ النكاح عند طوائف الإنجيليين .

نوع الفرقة :

إذا كنا قد أوضحنا فيما سبق أن الأرثوذكس على اختلاف طوائفهم يعتبرون غيبة أحد الزوجين سببًا من الأسباب التي تجيز الفرقة بين الزوجين ، فما نوع هذه الفرقة إذن ؟ .

بادئ ذي بدء نشير إلى أن الشريعة المسيحية لا تعرف انحلال الزواج بفرقة الطلاق مطلقًا ، تلك الفرقة التي تقع بإرادة الزوج دون الحاجة إلى موافقة أية سلطة أخرى ، وفي هذا تقول الخلاصة القانونية للأقباط الأرثوذكس : « اعلم أن الطلاق ممنوع في الشريعة المسيحية ، فليس للإنسان أن يطلق امرأته بمجرد اختياره أو يفارقها بحسب إيثاره »[١] .

وأما في الحالات التي يستلزم فيها لإنهاء الرابطة الزوجية تدخل السلطة الدينية أو القضائية لمراقبة سبب الإنهاء وإقراره كما في الشريعة المسيحية ، فهذا هو ما يسمى بالتطليق أو الفسخ[٢] .

هنا ولقد وضع يده على هذا المعنى بعض الباحثين ، حيث يقول أحدهم : « وينحل الزواج في حياة الزوجين على وجه العموم بأكثر من طريقة ، فقد ينحل الزواج بالطلاق ، وقد ينحل الزواج بالاتفاق ... كما قد ينحل بالتطليق .. ، وبالنسبة للشريعة المسيحية فإن المثل الأعلى لرجال الكنيسة الذين أباحوا انحلال الزواج في حياة الزوجين كان هو ضرورة خضوع هذا الانحلال للسلطة المختصة وعدم جوازه إلا بحكم يصدر منها ، فلقد رفضت الكنيسة فكرة الطلاق الإرادي ، ووافقت على نظام التطليق من البداية على الرغم من سريان نظم القانون الروماني الذي كان يقر الطلاق الإرادي »[٣] .

---

(١) انظر : الخلاصة القانونية ص ٣١ .

(٢) انظر : النظام القانوني للأسرة ص ٢٩٥ .

(٣) انظر: انحلال الزواج : د . إيهاب إسماعيل ص ٩٢ ـ ٩٤ .

على ضوء هذا ينبغي ألا يخطئ أحد في فهم كلمة الطلاق الواردة في نصوص شرائع المسيحيين، ويظن أنها تدل على فرقة الطلاق بمعناه المعروف، ولكن يجب أن تحمل هذه الكلمة على الفرقة بمعنى الفسخ، وهذا هو ما فطن إليه الدكتور جميل الشرقاوي عندما قال: «ويلاحظ أن قوانين ابن لقلق والمجموعات الفقهية الأخرى تعبر عن الطلاق بفسخ الزواج»[1].

ومما يؤيد هذا في نظري ماجاء في المادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الإنجيلية في مصر، حيث نصت على أن: «الطلاق هو فسخ عقد الزواج بين زوجين»[2].

إلحاق المحبوس بالغائب في الشريعة المسيحية:

لقد ذهبت الشريعة المسيحية إلى أن الحكم بعقوبة مقيدة للحرية لأحد الزوجين يجوز للآخر طلب التطليق وذلك على النحو التالي:

أولاً: في شريعة الأقباط الأرثوذكس:

المادة ٥٣: الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب التطليق.

ثانيًا: في شريعة الأرمن الأرثوذكس:

المادة ٤٠: من قانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس: إذا صدر حكم نهائي على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات للزوج الآخر طلب الطلاق.

ثالثًا: في شريعة الروم الأرثوذكس:

المادة ١٣: من لائحة الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا حكم على الآخر بالأشغال الشاقة المؤبدة.

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية د. جميل الشرقاوي ص ٣٤٢.

(٢) انظر: تشريعات الأحوال الشخصية ص ٤٠٢.

رابعًا : في شريعة السريان الأرثوذكس :

المادة ٩٥ : من قانون الأحوال الشخصية لطائفة السريـان الأرثوذكس : كـذلـك إذا يحكم على أحدهما بحكم جنائي أوجب إبتعاده عن وطنه أو إقليمه ، فـإن كانت مـدة الحكم لا تزيـد عن سبع سنوات فـالزواج بـاق وانتظرت عودتـه ، وإن كانت تزيـد عن ذلـك زيـادة لا يحتملهـا قرينـه ، أو كان الحكم بإبعـاده مـدة عمره إلى حيث لا ترجى عـودتـه فالخيار لقرينه إن شاء الزواج بآخر يصرح له بذلك بعد ثبوت الموجب .

من إستقراء النصـوص المتقـدمة يمكن الربـط بين الغيبـة والحكم على أحـد الـزوجين بعقوبة مقيدة للحرية ، ذلـك أن الأسـاس الـذي يقوم عليـه كل من السببين واحـد وهو تضرر الزوج من زوجه الآخر لغيبته أو بعـده عنـه ؛ ولـذا يجوز لـه أن يطلب التطليق رفعًا لهذا الضرر ، بيد أنه في حـالـة الغيـاب فـإنـه يتعين على الزوج الحـاضر أن ينتظر لتحقق ركن الضرر ، أما في حالة صدور حكم بعقوبة مقيدة للحريـة فلا مجـال للانتظـار طالما كانت مدة العقوبة هي سبع سنوات ، عندئذ له أن يتذرع بهذا الحكم سندًا وعونًا له في طلب التطليق ؛ إذ إن الضرر واقع لا محال ، ومن ثم فإن القول بـانتظـار تلـك المـدة يكون عبثًا ولا يمكن الأخذ به [1] .

---

(١) انظر : قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين لمحمد عابدين ص ١٣٥ ـ ١٣٦ .

المبحث الثالث

في

الشريعة اليهودية

المبحث الثالث

في الشريعة اليهودية

ا ـ الطوائف اليهودية :

لليهود طوائف كثيرة تختلف كل واحدة منها عن الأخرى في مبادئها وأسس حياتها ونظرتها إلى الكون وما وراءه [١] .

بيد أن الذي يعنينا في هذا المقام أن نشير إلى أن أشهر طوائف اليهود طائفتان هما : الربانيون ، والقراءون .

أما الربانيون فيرون أن التوراة ليست هي كل الكتب المقدسة التي يعتمد عليها ، وإنما هناك بجانب التوراة روايات شفوية ومجموعة من القواعد والوصايا والشروح والتفاسير التي تعتبر التوراة شفوية ، قد تناقلها الحاخامات من جيل إلى جيل ، وربما دونوها أحيانًا خوفًا عليها من الضياع ، وتلك الروايات الشفوية هي التي دونت فيما يسمى بالتلمود [٢] .

أما القراءون فلا يعترفون إلا بالعهد القديم (التوراة) كتابًا مقدسًا ، إذ ليست عندهم روايات شفوية توارثها الحاخامات الواحد بعد الآخر كما يزعم الربانيون ، أي أنهم لا يؤمنون بالتلمود كما يؤمن به الربانيون [٣] .

ب ـ مصادر الشريعة اليهودية :

١ ـ التوراة : وهو المصدر التشريعي الذي يجمع عليه اليهود على اختلاف طوائفهم ، وتتكون من أسفار خمسة هي : التكوين ، والخروج ، والأحبار ، والعدد ، والاستثناء [٤] .

٢ ـ التلمود : وهو ما يعتبره الربانيون توراة ثانية نزلت على موسى ، وهو عبارة عن

---

(١) انظر : اليهودية د . أحمد شلبي ص ٢١٨ ـ ٢٢٥ .

(٢) المصدر السابق ص ٢١٨ .

(٣) المصدر السابق ص ٢٢٣ .

(٤) للوقوف على هذه الأسفار بالتفصيل راجع اليهودية ص ٢٢٣ ـ ٢٢٥ .

مجموعة من التعاليم التي قررها أحبار اليهود شرحًا للتوارة واستنباطًا من أصولها [١] .

٣ ـ العرف والإجماع : يعتبر العرف مصدرًا ثالثًا للتشريع عند الربانيين فيما لم يرد فيه نص أو حكم في إحدى التوراتين ، إلا أن العرف يلعب دورًا أكبر إلى جانب الإجماع عند القرائين ؛ لأن باب الإجتهاد لازال مفتوحًا أمامهم [٢] .

٤ ـ المؤلفات الفقهية : لقد ألفت في الشريعة اليهودية كتب جمعت بين دفتيها أحكام شريعة الإسرائيليين ، وهي كتب تتراوح ما بين العبرية والعربية ، بيد أننا سنكتفي هنا بالإشارة إلى الكتب التي رجعنا إليها في بحثنا هذا سواء في شريعة الربانيين أو القرائين .

ففي شريعة الربانيين قام مسعود حاي بن شمعون سنة ١٩١٢ بجمع مبادئ وقواعد هذه الشريعة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية وصاغها في شكل مواد ووضعها في كتاب أسماه « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » .

وعند القرائين يعد كتاب « شعار الخضر في الأحكام الشرعية » المصدر الأساسي لشريعتهم ، وهو كتاب ألفه الباهو بشياحي باللغة العبرية ، وترجمه إلى العربية الأستاذ مراد فرج .

كذلك قدم لنا أيضًا الأستاذ مراد فرج كتابًا في شريعة القرائين باسم « الأحكام الشرعية للقرائين » ، وهو عبارة عن تقديم مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بهذه الشريعة في شكل مواد .

أولاً ـ الغيبة :

ا ـ الغيبة في شريعة اليهود الربانيين :

تبيح هذه الشريعة حل الرابطة الزوجية بسبب غياب الزوج عن زوجته ، وذلك كما نصت المواد التالية :

مادة ١٢٩ = إذا شاء الرجل أن يسافر استأذن زوجته ولها منعه إذا كان السفر إلى

---

(١) انظر : الزواج والطلاق في جميع الأديان ص ٤٣٤ .

(٢) انظر : الأحوال الشخصية د . الشرقاوي ص ٧٤ ومابعدها ، والنظام القانوني للأسرة ص ٣٢ .

جهة بعيدة [١] .

مادة ١٤٢ = ليس لرجل أن يسافر برًا أو بحرًا بلا إذن زوجته [٢] .

مادة ١٩٤ = للسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلّق زوجته إذا كانت الجهة المراد الانتقال إليها غير موافقة مهما كان اضطراره [٣] .

ماده ١٩٥ = للسلطة الشرعية النظر والفصل إ ! كان الانتقال بسبب تعذر المعيشة في الجهة الأولى [٤] .

ب ـ الغيبة في شريعة اليهود القرائين :

كذلك ذهبت هذه الشريعة أيضًا إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة ، كما نصت على ذلك المادة (٣٤٢) من كتاب الأحكام الشرعية للقرائين ، وهاك نصها : « إذا هاجر الرجل تاركًا امرأته أكثر من سنة فلها طلب الطلاق شرعًا » [٥] .

ثانيًا : إلحاق المسجون بالغائب :

كذلك ذهبت الشريعه الإسرائيلية إلى إلحاق المسجون بالغائب ، حيث نصت على ذلك المادة ٣٤١ من كتاب « الأحكام الشرعية » لمراد فرج ، وهاك نصها : « إذا أُقصي أحد الاثنين عن البلد ، أو سجن لأكثر من سنة جاز للآخر طلب الطلاق ، وعلى الرجل ما للمرأة من الحقوق إن كان هو الطالب » .

---

(١) انظر : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمسعود حاي بن شمعون ١ / ٣٩ .

(٢) المصدر السابق : ١ / ٤٣ .

(٣) المصدر السابق : ١ / ٥٧ .

(٤) المصدر السابق : ١ / ٥٧ .

(٥) انظر : الأحكام الشرعية للقرائين لمراد فرج ص ١٣٩ وما بعدها .

المبحث الرابع

في الشريعة الوضعية

المبحث الرابع

في الشريعة الوضعية

أولاً : القوانين العربية :

١ ـ القانون المصري : لقد فطن المشرع المصري إلى التفرقة بين حالتي الغياب المنقطعة وغير المنقطعة ، فجعل لكل حالة من هاتين الحالتين أحكامًا تناسبها وتتلاءم معها وذلك على النحو التالي :

أولا : الغيبة المنقطعة (الفقد) :

لقد كان الحكم في جميع الأحوال الشخصية يسير قبل عام ١٩٢٠ طبقًا للمفتى به من المذهب الحنفي . فكان لا يحكم القانون بموت المفقود إلا بعد موت أقرانه من السن .

بيد أن هذا القانون شق على الناس وأوقع الكثير من الزوجات في الضيق والحرج ؛ لأنه إذا فُقد شخص وكان له زوجة شابة ، فيجب عليها أن تبقى في عصمته طوال حياتها حتى يصل سن زوجها إلى سن التسعين ، وفي هذا ضرر لا يخفى على أحد .

أضف إلى ذلك أن هذا القانون أصبح لا يتناسب مع ظروف التقدم الذي يشهده العصر هذا ، وهذا هو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م ، حيث جاء فيها ما نصه : « الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبي حنيفة الجاري عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لا يتفق الآن مع حالة الرقي التي وصلت إليها طرق المواصلات في العصر الحاضر ، فإن التخاطب بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوّضيات وقنصليات المملكة المصرية في أنحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منتطعة (للمفقودين) ، ومعرفة إن كانوا لا يزالون على قيد الحياة أم لا في وقت قصير » .

لكل هذا وذاك جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م الصادر في ١٢ يوليو ١٩٢٠ م ببعض أحكام من مذهب مالك في هذه المسألة ، وذلك في المادة السابعة ، ومؤداها : أنه إذا لم يسفر التحري عن المفقود ومضت أربع سنوات من تاريخ رفع الأمر إلى القاضي أعلن القاضي الزوجة لتعتد عدة الوفاة ، وتحل بعد ذلك للأزواج ، وهاك نص هذه المادة:

المادة السابعة = « إذا كان للمفقود -وهو من انقطع خبره- مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتبين الجهة التي يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجودًا بها ، وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لتجري البحث عنه بجميع الطرق الممكنة ، فإذا مضت أربع سنوات من حين رفع الأمر إلى القاضي ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضي الزوجة فتعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، وبعد انقضاء العدة يحّل لها أن تتزوج غيره » .

ولما كان القانون المذكور اعتبر بدء مدة السنوات الأربع من تاريخ الدعوى ، وفي هذا شيء من المشقة والحرج للزوجة ، حيث تكون قد تربصت فترة قبل رفع الدعوى ، لذلك جاء القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الصادر في ١٠ مارس ١٩٢٩ وجعل المدة اعتبارًا من تاريخ الفقد في حالة الغيبة التي غلب عليها الهلاك ، على حين يفوض أمر المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى القاضي في جميع الأحوال الأخرى ، وذلك كما جاء في المادتين التاليتين :

المادة ٢١ = « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا » .

الماده ٢٢ = « بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

هكذا فرق القانون المصري بين الحالة التي يغلب على ظاهرها الهلاك ، والحالة التي يغلب على ظاهرها السلامة .

كذلك جعل هذا القانون المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود مدة واحدة للزوجة والمال على السواء .

ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون أخذ بمذهب أحمد في الحالة التي يغلب عليها الهلاك ، على حين أخذ بقول مصحّح في مذهبه ومذهب أبي حنيفة في الحالة الثانية .

ثم أضيف بعد ذلك إلى هذا القانون أفراد القوات المسلحة ، وذلك حسب ما جاء في مواد القانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ م الصادر في ٣١ يوليو ١٩٥٨ م ، وهاك نصها :

م ١٥٢ = (ا) : « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، على أنه بالنسبة لمن فقد من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قرارًا باعتباره ميتًا بعد مضي الأربع سنوات ، ويقوم هذا القرار مكان الحكم » .

(ب) «وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا » .

م ١٥٣ = « بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتًا على الوجه المبين بالمادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم أو القرار » .

هكذا لم يحدث مشروع القانون تغييرًا جوهريًا . غير أنه اكتفى بالنسبة لمن فقد من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية بصدور قرار من وزير الحربية بعد مضي الأربع سنوات باعتباره ميتًا .

ثانيًا : الغيبة غير المنقطعة (الغائب) :

لقد كان العمل يجري في مصر على مذهب الحنفية ، إذ لا تفريق للغيبة مهما طالت غيبة الزوج ثم جوّز المشرع المصري بعد ذلك هذا التفريق ، حيث صدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٩ م ، وجاء في المادة الثانية عشرة منه أنه « إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنًا ، إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

ثم جاءت المادة الثالثة عشرة مبينة طريق السير في هذه الدعوى حيث نصت على أنه « إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يُبدِ عذرًا مقبولا فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى

الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذارٍ وضربِ أجل » .

وعلى هذا صار طريق السير في هذه الدعوى على النحو التالي [1] :

(١) إذا جاءت الزوجة تدّعي على زوجها أنه غابَ عنها سنة فأكثر بلا عُذْرٍ مقبول ، وطلبت ـ مع هذا ـ تطليقها منه لأنها متضررة من بُعده عنها هذه المدة الطويلة ، طَالَبَهَا القاضي بإثبات هذه الوقائع أوّلاً ؛ فإذا أثبتت أن فلانًا زوجُهَا ، وأنه غائب عنها ، وأن مدة غيبته سنةٌ أو أكثر ـ لم ينظر القاضي في أن هذا الزوج قد ترك لزوجته مالاً تنفق منه أو لم يترك لها شيئًا ؛ لأن وجود المال ـ وإن كثر ـ لا يمنع من طلب الزوجة التطليقَ للغَيْبَة ، وإنما ينظر القاضي إلى مكان إقامة هذا الغائب ، وحينئذٍ إما أن يكون مكانُ غيبته معلومًا ، وإما أن يكون غير معلوم ، وإذا كان مكان غيابه معلومًا ، فإما أن تكون مكاتبته ممكنة ، وإما أن تكون الكتابة إليه غير ممكنة ، كما لو كان في زمان حرب ، وهو يقيم في بلاد دولة انقطعت الصِّلاتُ بينها وبين بلد الزوجة ، فهذه ثلاث حالات .

(٢) إذا كان مكانُ غيبة الزوج غيرَ معلومٍ ، أو كان مكانُ غيبته معلومًا ، ولكن مكاتبته غير ممكنة ، فإن القاضي ينطلّقُ زوجته عليه في الحال طلقةً بائنة .

(٣) أما إذا كان مكان غيبة الزوج معلومًا ، وكانت مكاتبته مع ذلك ممكنة ، فإن القاضي لا يطلق عليه إلا بعد أن يكتب له يطلب إليه أن يفعل إحدى خصال ثلاث :

الأولى : أن يحضُرَ ليقيم مع زوجته في بلدها .

والثانية : أن يَنْقُلَ زوجته لتقيم معه في بلده .

والثالثة : أن يطلق زوجته .

ويحدد له القاضي أمدًا يفعل فيه واحدة من هذه الخصال ، ويذكر له أنه إذا انقضى هذا الأمد ، ولم يفعل واحدة منها ، فإنه يطلق عليه زوجَتَهُ طلقَةً بائنة .

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية لمحمد محي الدين ص ٣٢٢ ـ ٣٢٤ .

فإذا انقضى الأمد الذي حَدَّده له القاضي ولم يفعل واحدة من الخصال التي ذكرناها ، ولم يُبْدِ عُذرًا مقبولا ، سواء أجاب على كتاب القاضي إليه أم لم يجب ؛ فإن القاضي يطلق عليه زوجته طلقة بائنة .

والحكمة في ذلك أن مُقَام الزوجة وحْدَهَا وزوجُهَا بعيد عنها الزَّمَنَ الطويل أمْرٌ لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب ، حتى ولو ترك لها الزوجُ مالاً تستطيع الإنفاق منه على نفسها .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه لجدير بنا أن نشير إلى ماورد في المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عن التطليق لغيبة الزوج ، حيث عللت تلك المذكرة ذلك بأن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمنًا طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب ، وإن ترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه على نفسها وأولادها .

كذلك نصت هذه المذكرة على أن هذا الحكم - وهو التفريق بسبب الغيبة - مأخوذ من مذهب مالك رضي الله عنه ، وهذا صحيح بيد أن مالكًا لا يشترط لجواز هذا التفريق أن تكون الغيبة بغير عذر مقبول ، بل يجوز عنده التفريق سواء أكانت الغيبة بعذر مقبول أو بغير عذر مقبول ، أما الحنابلة فيشترطون لهذا التفريق أن يكون الغياب بغير عذر مقبول ، وعلى هذا يكون تشريع التفريق بسبب الغيبة في القانون مأخوذ من مذهبي مالك وأحمد معًا .

بقي لنا أن ننبه إلى أن المراد بالغيبة هنا هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة ، أما غيبة الزوج عن بيت الزوجية وإقامته في بيت آخر في نفس البلد فهذا لا يتناوله هذه المادة ، بل هو من الأحوال التي تدخل في الضرر ويجوز للزوجة طلب التطليق بما جاء في المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م وذلك عملا بمذهب المالكية [١] .

---

(١) تنص المادة السادسة على أنه « إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب ثم تكررت منه الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حَكَمَيْن وقضى على الوجه المبين في المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

كذلك فإن المقصود بالسنة التي جعلها المشرع المصري أقصى الأجل لغيبة الزوج هي السنة الهلالية وهي ٣٦٥ يومًا ؛ لأنها الأصل في التقويم الإسلامي ، وقد نص عليها في المادة ٢٣ من القانون المذكور حيث قال : « المراد بالسنة في المواد من (١٢ ـ ١٨) هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يومًا » .

ثالثًا : المحبوس :

لقد اتجه القانون المصري إلى قياس حال المحبوس على حال الغائب في حق جواز طلب زوجته التفريق عليه ، واشترط أن تكون مدة الحكم عليه ثلاث سنوات فأكثر ، وأن يكون قد مضى على سجنه فعلا سنة على الأقل ، وعلى هذا تنص المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م ، حيث قضت أن : « لزوجة المحبوس والمحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنًا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

نفهم من هذه المادة ، أن على زوجة المحبوس التي تريد التفريق بسبب حبس زوجها أن تثبت خمسة أشياء هي :

الأول : أنه قد صدر حكم بسجن زوجها .

الثاني : أن مدة هذا الحكم ثلاث سنين فأكثر .

الثالث : أن هذا الحكم قد صار نهائيًا ويعتبر هذا الحكم نهائيًا [١] :

أ ـ إذا لم يكن قابلاً للطعن فيه بحسب طبيعته .

ب ـ إذا كان قابلا للطعن فيه واستنفد كل طرق الطعن الجائزة قانونًا .

جـ ـ إذا كان قابلا للطعن فيه وانغلق باب الطعن فيه لفوات مواعيده .

الرابع : أنه نُفّذ على زوجها فعلا .

الخامس : أنه قد مضت سنة فأكثر من تاريخ ابتداء تنفيذه عليه .

---

(١) دعاوى الطلاق والطاعة لفتحي حسن مصطفى ص ٨٠ .

فمتى أثبتت الزوجة ذلك وادّعت أنها متضررة من بُعْدِ زوجها عنها طلقها القاضي طلقة بائنة [١] .

هذا ولقد قاس المشرع حال الحبس على حال الغياب ؛ لأنه غياب فعلاً ، وقد نصت على ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها : « الزوج الذي حكم عليه نهائيًا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوي الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها ، كما يساوي الأسير في ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط في ذلك تضرر الزوجة من بُعْدِ الزوج عنها ؛ ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرًا عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنه » .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أنه لم يكن ثمة حاجة لقياس المحبوس على الغائب كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري ؛ لأن التفريق بين المحبوس وزوجه منصوص عليه في فتاوى ابن تيمية الحنبلي ، فقد جاء في باب (عشرة النساء) ما نصه : « القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود » [٢] .

هذا وفي رأيي أن إعطاء الزوجة حق طلب الفرقة بسبب حبس الزوج - كما قال به بعض الحنابلة وأخذ به القانون المصري - شيء له وجاهته ، وذلك حتى تستطيع الزوجة دفع الضرر الواقع عليها ، والناجم من بُعد الزوج عنها .

ومما يقوي هذا الرأي في نظري ما ذكره الأستاذ أحمد محمد شاكر في كتابه « نظام الطلاق في الإسلام » حيث يحكي لنا قصة حدثت مع أبيه الشيخ محمد شاكر عندما كان كاتبًا للفتوى لدى شيخه الشيخ محمد العباسي المهدي - مفتي الديار المصرية حينئذ .

حيث جاءت له امرأة شابة حكم على زوجها بالسجن مدة طويلة وهي تخشى الفتنة وتريد عرض أمرها على المفتي ، ليرى لها رأيًا في الطلاق من زوجها لتتزوج من غيره ،

---

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د . محمد محي الدين عبد الحميد ٣٢٥ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣٢ / ١٥٠ ، والأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص ٤٩٤ .

وليس في مذهب الإمام أبي حنيفة حلٌّ لذلك إلا الصبر والانتظار ، فصرفها الشيخ شاكر معتذرًا آسفًا متألمًا ، ثم عرض الأمر على شيخه المفتي ، واقترح عليه اقتباس بعض الأحكام من مذهب الإمام مالك [١] في مثل هذه المشكلات ، وأبى الشيخ كل الإباء ، واستنكر هذا الرأي أشد استنكار ، وكان بين الأستاذ وتلميذه جدال حاد في هذا الشأن ، ولم يزل الأستاذ الشيخ شاكر مقتنعًا برأيه ، حتى طلب تقرير الإصلاح من الشيخ محمد عبده في سنة ١٨٩٩ م فقدم الشيخ شاكر تقريرًا له كان مما تضمنه اقتراح اقتباس بعض الأحكام من مذهب مالك في التطليق للإعسار وللضرر وللغيبة الطويلة ، لكن لم تيسر الظروف والمعارضة الأخذ بذلك في مصر إلا بعد ذلك بسنوات طويلة ، ولكن الشيخ شاكر حينما ولي قضاء السودان في منصب قاضي القضاة ، في أواخر سنة ١٨٩٩ م كان يعمل بذلك ، حيث لم تكن هناك لائحة أو معارضون كما في مصر [٢] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الذي نلحظه على نص القانون بشأن المحبوس ، أن هذا النص جاء عامًا يشمل حكمه كل محبوس دون أن يميز بين حبس وآخر ، ولكن ياحبذا لو فرق المشرع بين أنواع السجن كما فرق من قبل بين الغياب لعذر والغياب بدون عذر ، كالتفرقة مثلا بين السجن بسبب سياسي أو عقائدي أو وطني ، وبين السجن لغير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية [٣] .

هذا عن موقف القانون من المحبوس ، ولكن هناك سؤالا يطرح علينا نفسه وهو : ما الحكم إذا كان قد أُفرج عن الزوج المحبوس وأصبح طليقًا متمتعًا بحريته الكاملة ، وذلك بعد إقامة دعوى التطليق وأثناء نظرها وقبل الحكم فيها ؟

يرى البعض أن الحكم الصحيح أن الإفراج لا يمنع من السير في الدعوى والقضاء فيها بالتطليق إذا كانت شروط المادة الرابعة عشرة متوافرة ، أي إذا كان قد حكم نهائيًا بحبس

---

(١) ليس ثمة نص صريح عند مالك في التفريق بسبب حبس الزوج ، ولكن يفهم من نصوص مذهبه التي ترى أن لزوجة الغائب ـ أيّ غيبة كانت ـ الحق في طلب التفريق إذا تضررت من غيبة زوجها ، سواء أكانت هذه الغيبة لعذر أو لغير عذر ، باختيار الزوج أو بغير اختياره .

ولعل هذا هو ما حدا بالشيخ شاكر أن يقتبس من مذهب مالك بعض الأحكام التي يعالج بها مثل هذه الحالة .

(٢) انظر : نظام الطلاق في الإسلام ٩ ـ ١١ ، وأحكام الأسرة د . بلتاجي ٤٩ .

(٣) نقد نلاحظ هذا أيضًا الدكتور الصابوني على القانون السوري في كتاب « الأحوال الشخصية ٧ ص ٢٣٨ .

الزوج ثلاث سنين فأكثر وأن تكون الدعوى بالتطليق قد رفعت بعد سنة من حبس الزوج ، وذلك لأن المشرع افترض تحقق الضرر من حبس الزوج مدة أدناها ثلاث سنين وأوجب التطليق من أجل ذلك ، ولو كان للزوج المحبوس مال تستطيع الإنفاق منه ، فالمشرع اعتبر الحبس قرينة قاطعة على تحقق الضرر للزوجة لا يجوز إثبات عكسها ولا ينفي تحقق الضرر حصول الإفراج عن الزوج المحبوس قبل انتهاء مدة عقوبته لأي سبب من الأسباب ؛ إذ الطلاق واجب عند تحقق ش وط المادة الرابعة عشرة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م [(١)] .

وفي الجانب المقابل يرى البعض الآخر أن هذا الرأي محل نظر ، ذلك أن المذكرة الإيضاحية للمادة عبرت بأن المناط « تضرر الزوجة من بُعْدِ الزوج عنها » ، والمفهوم أنها لا تتضرر من بعده عنها مدة العقوبة المقررة بالنص ، أما المقضي بها إذا جاوزت ثلاث سنين وبات الحكم فيها نهائيًا ، أما مدة السنة التي تطلب بعدها الزوجة التطليق فهي مدة قبول دعواها وتوافر شروط المادة (١٤) ، ورفع الدعوى ليس قرينة على تحقق الضرر المقصود من النص ، ولذلك يتعين على القاضي - بعد التحقق من شروط قبول الدعوى - أن يبحث أولا عن الحكم الصادر ضد الزوج بعقوبة مقيدة لحريته مدة ثلاث سنين أو أكثر ، وأن يكون الزوج مسلوب الحرية فعلاً - أي ينفذ العقوبة - وقت بحث القاضي لهذا الشرط ، فإذا بحث القاضي ذلك وتبين له أن الزوج المدعى عليه غير مقيد الحرية - بسبب مشروع كالإفراج عنه - بل ومثل أمام القاضي انتفى المناط - وهو تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها - وانهارت القرينة ، وتعين رفض الدعوى ، وتقول بالرفض ؛ لأن الدعوى رفعت بعد تحقق شرط قبولها - وهو مرور سنة على تنفيذ العقوبة - والرفض وارد على موضوع الطلب لانتفاء الضرر [(٢)] .

وأخيرا : هل يقاس الاعتقال الصادر به قرار من السلطات المختصة على الحبس المحكوم به ؟ أو بمعنى آخر : هل يجوز لامرأة المعتقل طلب التفريق بسبب اعتقال زوجها كما هو شأن زوجة المحبوس ؟

---

(١) الأحوال الشخصية للدجوي ص ٢٩١ .

حكم استئناف القاهرة رقم ١١٦ لسنة ٨٠ ق أحوال شخصية في ٢٣ مايو سنة ١٩٦٤ م .

(٢) الأحوال الشخصية (نفس) ، تعليق على نصوص القانون للمستشار أحمد الجندي ص ٣٦٧ - ٣٦٨ .

لقد قالت بعض المحاكم بذلك وحكمت بتطليق زوجة المعتقل الذي زادت مدة اعتقاله عن ثلاث سنوات استنادًا إلى أن العلة التي دعت الشارع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس - وهي حماية الزوجة من الضرر الذي يصيبها من بعد زوجها عنها - متوافرة بالنسبة لزوجة المعتقل ، والمشرع افترض تحقق الضرر بالنسبة للزوجة التي بعد عنها زوجها مدة تزيد على سنة أيًا كان السبب الذي أدى إلى بعده عنها ، وجعل من هذا البعد قرينة على تحقق الضرر ووقوعه بالنسبة للزوجة ، وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس ، وطبقت المحكمة المادتين ١٢ ، ١٤ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . (حكم محكمة بنها الكلية في ٢٣ / ١٢ / ١٩٦١ في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٩٦١ كلي أحوال شخصية بنها) .

بيد أن هذا القضاء خاطئ ومخالف للقانون ، إذ أقيم على دعامتين هما غيبة الزوج المنصوص عليها في المادة ١٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وحبسه المنصوص عليه في المادة ١٤ من القانون المذكور ، وهما دعامتان غير سليمتين ، إذ إن الزوج المعتقل لم يغب عن زوجته وإنما أبعد عنها ولا حيلة له في هذا الإبعاد ، لأنه أمر خارج عن إرادته ولا دخل له فيه، فغيابه كان إذن بعذر مقبول ، والاعتقال ليس غيابًا في حكم المادة ١٢ ، بدليل ما ورد في المادة ١٣ من القانون ذاته من أنه إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فلم يكن في مكنة الزوج أن يحضر للإقامة مع زوجته ، كما لم يكن في مكنته أن ينقلها معه وهو معتقل هذا مع إمكان وصول الرسائل إليه . والمادتان متلازمتان وتلازمهما يفيد عدم اعتبار المعتقل غائبًا .

والمادة ١٤ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ جاءت مقيدة بقيود يجب مراعاتها والتمسك بها ولا يجوز القياس عليها أو التزيد في تطبيقها سيما إذا روعي أن مذهب الحنفية ليس به نص على طلاق زوجة الغائب ، وقد أخذ حكم المادة ١٤ من مذهب المالكية ولكن ليس معنى هذا أن يباح تطبيق مذهب مالك بكل ما فيه وبجميع ماجاء به ، وإنما يقتصر على مورد النص وماجاء به الحكم الموضوعي ، والمعتقل لم يحكم عليه بحكم نهائي بالحبس مدة ثلاث سنين فأكثر ، كما أن أمر الاعتقال لم تحدد فيه مدة ما وكان من الممكن الإفراج عن الزوج المعتقل في أي وقت .

والمشرع أعطى لزوجة المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر الحق في أن تطلب التطليق ؛ لأنه يكون أمام عينها وفي موضع تقديرها أن زوجها لن يعود إليها قبل مضي ثلاث سنوات ، وأعطاها الحق في طلب التطليق بعد مضي سنة على حبسه حتى يتحقق الانسجام بين المادتين ١٢ ، ١٤ من القانون ، ولهذا كله لا يمكن أن تنطوي حالة اعتقال الزوج بأمر السلطات الإدارية تحت حكم المادة ١٤ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والقول بأن الحكمة التي أجيز الطلاق من أجلها في المادتين ١٢ ، ١٤ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ متحققة في حالة زوجة المعتقل ؛ لأن المناط هو الضرر وقد تحقق الضرر ، هذا القول اجتهاد في مقابلة نص ، ومن القواعد الأصولية أن لا اجتهاد مع النص سيما إذا كان النص واضحًا صريحًا لا يحتمل التأويل أو التفسير . (حكم استئناف القاهرة في ١٦ فبراير سنة ١٩٦٣ في الاستئناف ١٦٧ لسنة ٧٩ ق أحوال شخصية) [١] .

٢ ـ القانون السوداني [٢] :

يسير العمل في السودان على مذهب المالكية منذ صدور لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية سنة ١٩١٥ ، فقد نصت المادة ٨٢ منها على وجوب سماع الدعوى بطلب التطليق للغيبة ، ثم فصلت أحكام التفريق للغيبة في المادة ١٣ من المنشور نمرة ١٧ سنة ١٩١٥ ، والتعليمات نمرة ١٧ سنة ١٩١٧ ، والمادة الأولى من المنشور نمرة ٢٨ سنة ١٩٢٨ ، وهذا بيان ماجاء فيها :

يجوز للزوجة أن تطلب التفريق لغيبة زوجها عنها بالشروط الآتية :

١ ـ أن تطول غيبة الزوج عنها ، وحددها المنشور بسنة فأكثر عملاً بالمعتمد في مذهب المالكية .

٢ ـ أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها وتخشى الزنا على نفسها ، وهي مصدقة في التضرر وخوف الزنا بيمينها ؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهتها .

٣ ـ أن تكون الزوجة واجدة النفقة في مال زوجها الغائب ، فإن لم تجدها فلا تسمع

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين للدجوي ص ٢٩١ ـ ٢٩٢
ثم راجع : الأحوال الشخصية للجندي ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩ ، ودعاوى الطلاق والطاعة ص ٨٠ .

(٢) انظر : نظام الأحوال الشخصية المطبق في المحاكم الشرعية بالسودان ص ٨٧ وما بعدها .

دعواها التفريق لخوف الفتنة ، وإنما لها أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق .

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي طالبة التفريق لخوف الفتنة ، فإن كان الزوج غائبًا في مكان معلوم يمكن وصول الكتابة إليه ، فعلى القاضي - بعد أن تثبت لديه الأسباب الموجبة للتفريق - أن يحدد للزوج أجلاً يتناسب مع الجهة التي فيها بحيث يستطيع فيه الحضور إن أراد ، ويكتب إليه بأن الدعوى تثبت ، وأنه إن لم يحضر إلى زوجته في مدة كذا أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإن المحكمة تطلق عليه ، فإذا لم يفعل الزوج أحد الأمور الثلاثة في أثناء الأجل يطلق القاضي عليه عند انقضاء الأجل من غير تلوم مدة أخرى .

أما إذا كان الزوج في مكان لا تصل إليه الكتابة ، فإن القاضي يطلق عليه بدون كتابة طلاقًا بائنًا .

وها هي النصوص الواردة في هذا الموضوع :

(١) المادة ٨٢ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية :

« إذا كان المدعى عليه بالنفقة أو الطلاق غائبًا غير معروف الجهة أو في جهة لا سبيل إلى إعلانه فيها وجب على القاضي بعد التحقق من ذلك أن يسمع الدعوى ويفصل فيها بالوجه الشرعي ، وكذلك يسمع الدعوى بطلب التطليق للإعسار أو للغيبة » .

(٢) المادة (١٣) من المنشور ١٧ سنة ١٩١٥ :

إذا غاب الرجل عن زوجته في جهة معلومة يمكن وصول كتابة القاضي إليه فيها مع تمكنها من الحصول على النفقة ، وطالت غيبته بأن كانت سنة أو أكثر ، وطلبت المرأة الطلاق لتضررها وخوف الفتنة على نفسها ، كتب إليه القاضي إما أن يقدم أو ينقل زوجته إليه أو يطلقها ، فإن لم يفعل ذلك تلوم له بالاجتهاد مدة ثم طلقها ، أما إذا لم تصل إليه الكتابة وطلبت الطلاق عليه للضرر بترك الاستمتاع وخوف الفتنة طلق عليه ببينها ؛ لأنه لا يعلم إلا من جهتها .

(٣) التعليمات نمرة ١٧ سنة ١٩١٧:

الخرطوم في ٢٥ شوال سنة ١٣٣٥ الموافق ١٥ / ٨ / ١٩١٧ .

جرت المحاكم الشرعية في دعاوى الطلاق لخوف الفتنة على أن تكتب إلى الزوج في الإعلان بالدعوى إنه إما أن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، ثم تسمع الدعوى بعد ذلك وتتلوم له مدة ، ثم تطلق عليه .

وأكثر المحاكم جارية على عدم إخبار الزوج بالمدة المضروبة ، ولما كان من الواجب مراعاة حالة الزوج والاحتياط لهم ، فلذلك استا مت المحاكم إلى أنه بعد السير في الدعوى وثبوت الأسباب الموجبة للطلاق جميعها وتحليف الزوجة اليمين ، يضرب أجل مناسب للجهة التي فيها الزوج ، بحيث يستطيع فيه الحضور إن أراد ، ويفهم الزوج بكتاب بأن الدعوى ثبتت ، وأنه حدد له الأجل ، وإن لم يفعل أحد الأمور الثلاثة أثناء الأجل تطلق عليه المحكمة زوجته طلقة بائنة .

فإذا قضى الأجل ولم يفعل شيئًا مما هو مطلوب منه تطلق المحكمة عليه بدون تلوم مدة أخرى ، لأن هذا الأجل هو مدة التلوم ، وبهذا يعلم الزوج ما يترتب على عدم قيامه بالمطلوب منه ، وتنقطع أعذاره .

المادة الأولى من المنشور الشرعي نمرة ٢٨ سنة ١٩٢٧ م :

١ ـ لا تسمع دعوى طلب الطلاق لخشية الزنا إلا إذا كانت المرأة واجدة نفقتها من مال زوجها ، فإن لم تجدها كان لها أن تطلب الطلاق لعدم النفقة ، كما لا تسمع دعوى الطلاق للإعسار إذا كان الإعسار قبل الزوجية وهي عالمة راضية به .

تعليق : بالمقارنة بين القانونين المصري والسوداني نلاحظ ما يلي [(١)] :

١ ـ اشترط القانون المصري في الغيبة التي تبيح التفريق أن تكون بغير عذر مقبول ولم تشترط المنشورات ذلك ، فسيان في السودان أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر وما مشى عليه القانون هو مذهب أحمد ، أما المنشور فقد مشى على مذهب مالك .

٢ ـ لم يشترط القانون المصري لجواز التفريق بالغيبة ألا تكون الزوجة واجدة النفقة

(١) انظر : نظام الأحوال الشخصية المطبق في المحاكم الشرعية ص ٩٠ ـ ٩١ .

كما فعل المنشور ، وهو شرط في المذهب المالكي .

٣ ـ أباح القانون المصري لزوجة المحبوس أن تطلب التفريق بعد سنة من حبسه إذا كان الحكم نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية ولمدة ثلاث سنين فأكثر . ولم تتعرض المنشورات لذلك .

٤ ـ السنة في القانون المصري سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ ، أما السنة في المنشور فهى سنة قمرية .

٥ ـ يلاحظ أن السودان قد سبق مصر بزمن طويل في العمل بالتفريق للغيبة ، فقد أخذ به في السودان منذ سنة ١٩١٥ في حين أنه لم يؤخذ به في مصر إلا في سنة ١٩٢٧ .

٦ ـ العمل في كل من السودان ومصر على أن التفريق للغيبة طلاق بائن .

٣ ـ القانون السورى :

أولاً : المفقود :

ذهب المشرع السوري في المادة (٢١٥) من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ م إلى أنه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود قبل بلوغ عمره ثمانين عامًا .

ثانيًا : الغائب :

هذا عن المفقود ، أما الغائب فقد نص القانون في مادته (١٠٩) على جواز التفريق بسبب الغيبة ، وهاك نص هذه المادة :

١ ـ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب والسجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٢ ـ هذا التفريق طلاق رجعيٌّ ، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

نفهم من هذا أن للتفريق بسبب الغيبة في القانون السوري شروطًا هي :

١ ـ أن تكون مدة الغياب سنة فأكثر .

٢ ـ أن يكون الغياب بلا عذر مقبول ، أما إذا كان لعذر مقبول فلا تجوز المطالبة بالتفريق .

هذا والتفريق للغيبة لطلب الزوجة يكون في الحال إن كان مكان الزوج غير معلوم ، أما إن كان مكانًا معلومًا فيطلب القاضي منه أن يحضر لأخذ زوجته إليه . ويحدد له أجلاً معينًا ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما [١] .

هكذا وافق المشرعُ السوري المشرعَ المصري في وقوع الفرقة بسبب غيبة الزوج ، بيد أن هذه الفرقة تُعَدُّ طلاقًا رجعيًا في القانون السوري على حين اعتبرها المشرعان المصري والسوداني طلاقًا بائنًا .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد ألحق المشرع السوري أيضًا المحبوس بالغائب كا فعل المشرع المصري ، بيد أن المشرع السوري اشترط أن تكون مدة الحكم بالسجن تزيد عن ثلاث سنوات على حين جعلها المشرع المصري ثلاث سنوات فأكثر .

٤ ـ القانون اللبناني [٢] :

لقد وضع المشرع اللبناني يده على حكم غيبة الزوج وذلك في المواد ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٢٨ من قانون حقوق العائلة : حيث فرق بين غيبة الزوج الذي لم يترك لزوجته ما تنفق منه وتعذر تحصيل النفقة ، وبين ما إذا غاب وترك مالا من جنس النفقة ، فإذا طلبت التفريق في الحالة الأولى حكم به بعد إجراءات التحقيقات اللازمة بدون تأجيل .

أما في الحالة الثانية فإن القاضي لا يفرق في الحال ، بل يجب عليه أن يجري التحقيقات اللازمة لمعرفة مكانه ، فإذا حصل اليأس من عودته أو معرفة محله أو حياته أو مماته حكم القاضي بالتطليق بعد فترة من الزمن ، قدرت بأربع سنوات في الأحوال العادية تبدأ من تاريخ اليأس من وجوده ، وقدرت بسنة في الغيبة بسبب المحاربة تبدأ بعد عودة الطرفين المتحاربين وأسرائهم لمحلاتهم .

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية د . الصابوني ص ٣٣٦ ـ ٣٣٩ ، والفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي ٧ / ٥٣٤ .

(٢) انظر : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د . عبد العزيز عامر ص ٣٥٤ ـ ٣٥٥ .

وفي كلتا الحالتين يكون التفريق بطلقة بائنة ، وتعتد المرأة عدة الوفاة اعتبارًا من تاريخ الحكم .

هنا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أنه على الرغم أنه لا يوجد في التشريع اللبناني نظير لما رأيناه في التشريع المصري والسوري الخاص بجواز التفريق للحبس أو السجن ، إلا « أن المحاكم السنية تحكم بالتفريق إذا حكم على الزوج بالحبس ثلاث سنوات مادامت الزوجة طلبت التفريق بعد مرور سنة من ابتداء التنفيذ بالحكم على الزوج » .

٥ ـ التشريع العراقي (١) :

نص التشريع العراقي على التفريق لغيبة الزوج في المادة ٤٣ منه ، ولكنه اشترط للتفريق أن تكون مدة الغياب سنتين فأكثر وأن تكون الغيبة بلا عذر مشروع وأن يكون الزوج الغائب معروف الإقامة ، وهذا على خلاف التشريع اللبناني الذي لايجيز التطليق للغيبة إلا إذا جهل محل إقامة الزوج الغائب ولم يعلم أهو حيٌّ أو ميت وحصل اليأس من معرفة محل إقامته أو حياته أو موته .

كذلك يجيز التشريع العراقي تطليق زوجة المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر . دون أن يتطلب من الزوجة أن تنتظر سنة بعد الحكم بالحبس حتى تقبل دعواها بالتطليق ، وإنما أجاز لها رفع دعوى التطليق من وقت صدور الحكم النهائي بالحبس .

ولم ينص التشريع العراقي على نوع التطليق للغيبة والحبس مع أنه نص على نوع التطليق للضرر والشقاق فقال إنه طلاق بائن ، وسكوته عن بيان نوع التطليق للغيبة وللحبس يجعله طلاقًا رجعيًا إلا ما استُثني أو ما نص على كونه بائنًا ، ومؤدى ذلك أن للزوج الغائب إذا عاد وزوجته في العدة وكذلك للزوج المحبوس إذا أفرج عنه وزوجته في العدة الحق في مراجعة زوجته .

---

(١) الأحوال الشخصية للدجوي ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥ .

٦ ـ التشريع التونسي [1] :

لم يورد التشريع التونسي أحكامًا للتطليق لغيبة الزوج أو لحبسه أو لعدم الإنفاق أو للعيوب . ولكن ليس معنى هذا أنه لا يقر التطليق لهذه الأمور وإنما هو أدمج هذه الأسباب كلها في « الإضرار » بالزوجة ، إذ نصت المادة ٢٥ على أنه إذا شكا أحد الزوجين من الإضرار به .. يحكم بالطلاق . وليس ثمة شك أن غيبة الزوج وحبسه وعدم إنفاقه ووجود عيوب به كل هذه تشكل إضرارًا بالزوجة يجيز لها طلب الطلاق . ويؤكد صحة هذا النظر أن المادة ٣١ نصت عند تعدادها للحالات التي يحكم فيها بالطلاق تحت بند ٢ ـ يحكم بالطلاق عند مطالبة الزوجة به ، ويزيد في تأكيد صحته أن التشريع التونسي وهو تشريع تقدمي نص على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة ، لا يمكن أن يغفل التطليق لعدم الإنفاق أو لغيبة الزوج أو لحبسه أو للعيوب الموجودة به ، وإنما هو لم يكن في حاجة إلى التفصيل ما دام أن هذه الأمور كلها تندرج تحت الإضرار بالزوجة ، وقد ترك أمر تقدير الإضرار للقاضي بعد أن يتناوله الزوجان إثباتًا ونفيًا .

٧ ـ الشيعة :

لا تكفي الغيبة وحدها للتفريق عند الشيعة ، فإذا كان لزوجة الغائب مال يمكن أن تنفق منه ، أو وجد متبرع من قِبَلِ الزوج بالإتفاق عليها ، فإن القاضي لا يفرق بينهما بسبب الغياب سواء أعرف مكان وجود الزوج أم لم يعرف هذا المكان ، وهذا الحكم مأخوذ من المادة (١٣٩) من الفصول الشرعية [2] .

٨ ـ التشريع اليمني :

كذلك نص قانون الأسرة اليمني على جواز التفريق للمرأة التي فُقِد زوجها ولم تعرفه ، وكذا الغائب في محل مجهول داخل الوطن أو خارجه ولو في محل معروف ، أو سجين محكوم عليه بسنتين فأكثر ، أو أسير ولم يتأتَّ لها الاجتماع في محل أسْره أو سجنه ، فلها في هذه الحالات التقدم إلى الحاكم بطلب الفسخ إذا مرت مدة تتضرر منها المرأة عادة من

---

(١) المصدر السابق ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦ .

(٢) انظر : أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية لمحمد بن يحي بن المطهر اليمني ١ / ٤٢٥ .

غيبة زوجها عنها . وأكثرها احتياطا سنة مع عدم الإنفاق ، وسنتان مع الإنفاق [١] .

تعليق :

١ - إن ما ذهبت إليه القوانين العربية في جواز وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب الغيبة مأخوذ من المذهبين المالكي والحنبلي ، وذلك خلافًا للشافعية والحنفية والظاهرية .

٢ - فطنت هذه القوانين إلى التفرقة بين الغياب لعذر ، ولغير عذر ، وجعلت لكل حالة من هاتين الحالتين أحكامًا تختلف عن أحكام الأخرى .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى جعلت هذه القوانين المدة التي يجوز بعدها طلب التفريق في غيبة الحرب أقل من المدة التي يجوز التفريق بعدها في أي عذر آخر . وهذا شيء له وجاهته .

٣ - اختلفت هذه القوانين في طبيعة الفرقة الحاصلة بسبب الغيبة ، فعلى حين نصت عليها التشريعات المصرية والسودانية واللبنانية بأنها طلاق بائن ، نجد التشريع السوري يجعلها طلاقًا رجعيًا .

٤ - اتجهت هذه القوانين إلى إلحاق المحبوس بالغائب في حق جواز طلب زوجته التفريق عليه ، على خلاف بينها (أي القوانين) في تقدير المدة المحكوم بها عليه بالسجن والتي يجوز بعدها لزوجة المحبوس طلب الفرقة .

بيد أن بعض هذه القوانين أغفلت إلحاق المحبوس بالغائب في هذه المسألة ، كما رأينا في القانون السوداني .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه مما يؤخذ على هذه القوانين التي تتجه إلى إلحاق المحبوس بالغائب - أنها لم تفرق بين سبب الحبس أو السجن ، كأن يكون السجن لسبب سياسي أو عقدي ، وبين غير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية .

٥ - نصت بعض هذه القوانين على جواز التفريق بسبب الغيبة متى توافرت شروطه . ولو كان للزوج الغائب مال تستطيع زوجته الإنفاق منه ، وذلك كما رأينا في

---

(١) انظر : أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية لمحمد بن يحيى للمطهر اليمني ١ / ٤٢٥ .

التشريعات المصرية والسورية واللبنانية والعراقية .

وفي الجانب المقابل ربطت بعض هـذه القوانين بين طلب التفريق بسبب غيبة الزوج ، وبين إمكانية النفقة على زوجته ، وذلك كما رأينا في التشريع اليمني ، وكذلك التشريع الشيعي .

ثانيًا : القوانين الأجنبية :

ا ـ الغائب :

١ ـ التشريع اليوناني :

لقد نص القانون المدني اليوناني رقم ٢٧٨٣ لسنة ١٩٤١ م في المادة (١٤٤٥) على ما يأتي :

لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا اعتبر الآخر في حالة غياب منقطعة [(١)] .

هذا وقد فسر بعض الشراح هذا القانون فقال : « وحالة الغيبة لا تثبت إلا بحكم كما نصت المادة (٤٧) ، ومع ذلك فإنه من حق القاضي المختص بالتطليق ألا يصدر حكمه به قبل أن يستوثق مرة أخرى من حالة الغياب رغم وجود الحكم الخاص بها » [(٢)] .

٢ ـ التشريع الفرنسي :

نص القانون الفرنسي المدني في البند رقم (١١٥) على أنه إذا اختفى إنسان عن موطنه أومحل إقامته وانقطع خبره من أربع سنين جاز لمن لهم حق أو مصلحة أن يرفعوا دعواهم إلى محكمة القسم لتحكم عليه بالغياب ويسمى ذلك الغيبة المعتبرة [(٣)] .

ثم جاء البند (١٣٩) وزاد هذا وضوحًا فقال : « إذا كان أحد الزوجين غائبًا فتزوج الآخر بغيره فلا حق لأحد مطلقًا في منع هذا الزوج بالطعن في صحته إلا للزوج الآخر وحده ، أو وكيله المفوّض بشرط أن يكون معه سند قوي بإثبات حياته » [(٤)] .

---

(١) انظر : القانوني المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر ، تادرس ميخائيل ص ١٥٩ .

(٢) المصدر السابق ص ١٥٩ .

(٣) انظر : القانون الفرنسي المدني ص ٣١ .

(٤) المصدر السابق نفسه ص ٣٧ .

٣ ـ التشريع الإنجليزي :

ذهب القانون الإنجليزي الجديد إلى أن من أسباب التطليق غياب أحد الزوجين غيبة منقطعة مدة أقلها سبع سنوات فشلت فيها مساعي الزوج الآخر للعثور على الغائب ، فنص على أنه يترتب على هذه القرينة اعتبار الزواج منحلاً [١] .

٤ ـ التشريع الأسباني :

تنص المادة (٣) فقرة (سادسة) من القانون الصادر في ٢ مارس ١٩٣٢ م على الحكم النهائي القاضي بالطلاق بين الزوجين مهما كانت الجهة المدنية أو الدينية التي عقدته ، وذلك عند « غياب أحد الزوجين مدة سنتين من تاريخ إعلان غيبته » [٢] .

٥ ـ التشريع اليوغوسلافي :

نص القانون المدني اليوغسلافي المؤرخ في ٩ أبريل سنة ١٩٤٦ م على أنه « يجوز الطلاق بالتقاضي إذا غاب أحد الزوجين أو انقطعت أخباره مدة سنتين فأكثر ، على أنه إذا حدثت الغيبة في أثناء حرب قائمة تراعى علاوة على المدة السابقة مدة سنة أخرى تبدأ من نهاية الحرب » (المادة ٦٢) .

وعلى هذا يكون ميعاد رفع دعوى الطلاق على النحو التالي :

ا ـ دعوى الغيبة أو انقطاع الأخبار وقت السلم : لا يجوز رفعها قبل مضي سنتين من تاريخ الغيبة أو انقطاع الأخبار (مادة ٦٢ فقرة أولى) .

ب ـ دعوى الغيبة أو انقطاع الأخبار إبان الحرب : لا يجوز رفعها قبل مضي سنتين من تاريخ الغيبة أو انقطاع الأخبار ، ولا قبل مضي سنة على انتهاء الحرب (مادة ٦٢ فقرة ٢) [٣] .

---

(١) انظر : القانون المقارن لتادرس ميخائيل ص ١٤٨ ـ ١٤٩ .

(٢) الأحوال الشخصية للأجانب في مصر ، جميل خانكي ص ٥٢ .

(٣) الأحوال الشخصية للأجانب في مصر ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩ .

ب ـ المحبوس أو المسجون :

١ ـ التشريع الهولاندي :

نص القانون الهولاندي في المادة ٢٦٤ على أن من أسباب التطليق الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة أربع سنوات أو أكثر [١] .

٢ ـ التشريع الفرنسي :

نص قانون نابليون على جواز التطليق بسبب الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مهدرة للشرف أو مقيدة للحرية [٢] .

٣ ـ التشريع الإيطالي :

قضى القانون المدني الإيطالي في المادة (١٥٢) بالتفريق القضائي بسبب : « صدور حكم جنائي صدر ضد أحد الزوجين بسجنه مدة تزيد على خمس سنوات » [٣] .

٤ ـ القانون التشيكوسلوفاكي :

نص القانون التشيكوسلوفاكي رقم ٣٢٠ الصادر في ٢٢ مايو ١٩١٩ م في مادته (١٣ الفقرة الثانية) على « جواز طلب الطلاق إذا صدر على أحد الزوجين حكم قضائي بالسجن لمدة ثلاث سنوات على الأقل ، أو إذا حكم عليه بالحبس في جنحة يستشف من ظروفها انحطاط أخلاقه » [٤] .

٥ ـ التشريع الروماني :

نص القانون المدني الروماني الصادر في سنة ١٨٦٥ م في المادة (٢١٣) على أن الحكم على أحد الزوجين بالأشغال الشاقة أو بالسجن المنفرد يسوّغ للطرف الآخر طلب الطلاق [٥] .

---

(١) انظر : القانون المقارن لتادرس ص ١٥٥ .

(٢) المصدر السابق ص ١٥٣ .

(٣) الأحوال الشخصية للأجانب في مصر ، جميل خانكي ص ٨٧ .

(٤) المصدر السابق ص ١٤٧ .

(٥) الأحوال الشخصية للأجانب ، جميل خانكي ص ١٦٧ .

٦ ـ التشريع المجري :

نص القانون المدني المجري رقم ٣١ لسنة ١٨٩٤ م في المادة (٧٩) على أنه يجوز طلب الطلاق إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة الإعدام ، أو الأشغال الشاقة ، أو بالسجن لمدة خمس سنوات على الأقل في أثناء قيام الزواج جاز للطرف الآخر أن يطلب الطلاق [١] .

٧ ـ التشريع اليوغوسلافي :

نص القانون المدني اليوغوسلافي المؤرخ في ٩ أبريل لسنة ١٩٤٦ على أنه يجوز الطلاق بالتقاضي إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيدُ على ثلاث سنوات (مادة ٦٣) [٢] .

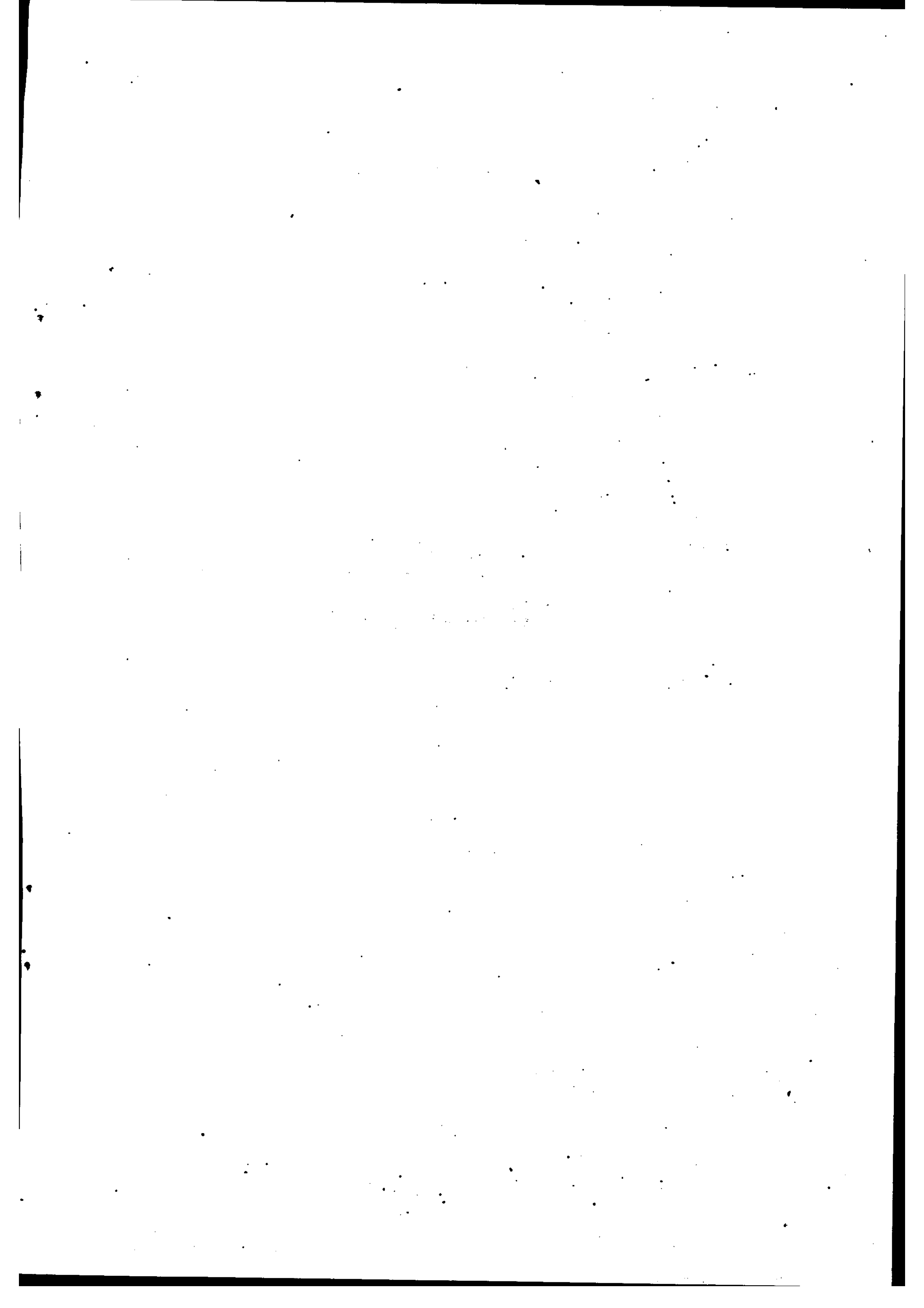
---

(١) المصدر السابق ص ٢٢٧ .

(٢) المصدر السابق ص ٢٤٩ .

الفصل الثاني

آثار الفرقة بسبب الغيبة



المبحث الأول

في الشريعة الإسلامية

تختلف أحكام الزواج وآثاره في الفقه الإسلامي باختلاف نوع الفرقة بين الزوجين ، وللتفريق بسبب الغيبة أثر كبير في هذه الأحكام ، وهنا يظهر لنا واضحًا جليًا في مهر الزوجة وعدتها ونفقتها وميراثها ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : المهر :

يعد المهر من الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها ، وفي هنا يقول الله تعالى ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ [1] ، كما يقول أيضًا : ﴿ فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ [2] ، وغير ذلك من الآيات .

بيد أن للمهر في الشريعة الإسلامية أحوالا ثلاثة ، فإذا كان تارة يتأكد وجوبه كله سواء المسمّى أو مهر المثل ، فإننا نراه في بعض الحالات يسقط كله ، علي حين ينتصف في بعض الحالات الأخرى ، وذلك كما هو مبين في مظانه من كتب الفقه والفروع المختلفة [3] .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن الذي يعنينا هنا هو الوقوف على مهر زوجة الغائب ، ذلك المهر الذي يختلف باختلاف نوع الغيبة وذلك على النحو التالي :

ا ـ إذا كانت الغيبة منقطعة (الفقد) : ففي هذه الحالة نجد أن لمهر زوجة المفقود حالتين هما :

الأولى : يجب لها المهر كله إذا كانت الفرقة بعد الدخول ، ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارًا فلا تأخذوا منه شيئًا ﴾ [4] ، بيد أن هذا الدخول يجب أن يكون حقيقيًا ، وذلك الدخول لابد

---

(١) النساء : ٤ .

(٢) النساء : ٢٤ .

(٣) انظر في أحكام الأسرة ١ / ٣٩٧ ـ ٤١٥ ومراجعه ، والزواج للشيخ علي حسب الله ص ١٦٣ وما بعدها .

(٤) النساء : ٢٠ .

أن يتحقق بالوطء حتى ولو كان هذا الوطء حرامًا كوطئها وهي حائض مثلا أو غير ذلك .

الحالة الثانية : كذلك يثبت المهر بتمامه لزوجة المفقود قبل الدخول أيضًا إذا تم الحكم على زوجها بالموت ؛ لأن الموت يقرر جميع الأحكام المترتبة على عقد النكاح ومنها المهر .

هذا وإنه لجدير بنا أن ننبه هنا إلى أن المهر يتقرر كله للزوجة في هاتين الحالتين باتفاق الفقهاء [١] إذا كان مسمىً في العقد ، أما إذا لم يتبين هناك مهر مسمى فيجب لها مهر المثل عند أبي حنيفة وأحمد وداود والشافعي في أحد قوليه ، أما مالك وأصحابه والأوزاعي والشافعي في القول الآخر فإنهم يرون أنه ليس لها صداق ولها المتعة والميراث [٢] .

بيد أنه رُوي عن عبد الله بن مسعود ما يدل على وجوب مهر المثل للزوجة في هذه الحالة ، حيث روي عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال ابن مسعود : أقول فيها برأيي ، فإن كان صوابًا فمن الله ، وإن كان خطأً فمني : أرى أن لها صداق امرأة من نسائها لاوكس ولا شطط وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بين يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق [٣] .

ب ـ إذا كانت الغيبة غير منقطعة : ففي هذه الحالة لمهر زوجة الغائب حكمان هما :

الأول : إذا كانت الفرقة وقعت بعد الدخول الحقيقي : فهذا يجب لزوجة الغائب المهر كله سواء أكان المهر مسمى أو مهر المثل ؛ لأنه لا خلاف بين الفقهاء [٤] في تأكد المهر كله للزوجة بعد الدخول بها ، وفي هذا يقول تعالى : ﴿ أتأخذونه بهتانا وإثما مبينًا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ﴾ [٥] ، ويقول أيضًا : ﴿ فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ [٦] .

---

(١) انظر : بداية المجتهد ٢ / ٣٢ ـ ٣٣ .

(٢) المصدر السابق ٢ / ٣٧ ، وسبل السلام ٣ / ١٥٠ ـ ١٥١ .

(٣) المصدر السابق ٢ / ٣٧ .

(٤) انظر : بداية المجتهد ٢ / ٣٢ .

(٥) النساء : ٢٠ .

(٦) النساء: ٢٤ .

الثاني : إذا كانت الفرقة قبل الدخول : فهنا للزوجة نصف المهر إذا كان مسمىً لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ... ﴾ [١] .

أما إذا كان المهر غير مسمى في العقد أصلاً لم يجب للزوجة شيء من المهر ، وإنما يجب لها المتعة لقوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعًا بالمعروف حقًّا على المحسنين ﴾ [٢] .

ثانيًا : العدة :

تعد العدة من الآثار المترتبة على الفرقة بين الزوجين ، وقد شرعت للتعرف على براءة رحم الزوجة حتى لا تختلط الأنساب ، ولإعطاء الفرصة الكافية للزوج في الطلاق الرجعي للعودة إلى زوجته المطلقة ، وكذلك حفاظًا على كيان الأسرة ومنعًا لها من التصدع والتمزق ، وكذلك للإحداد على الزوج المتوفى فيمن توفي عنها .

بيد أن العدة تختلف من زوجة إلى أخرى باختلاف صورة الفراق وحالة المرأة عنده ، وذلك كما هو مذكور في مظانه من كتب الفقه والفروع المختلفة [٣] .

بيد أن الذي يعنينا هنا بيان عدة زوجة الغائب ، وذلك على النحو التالي :

أ ـ عدة زوجة الغائب (غيبة منقطعة أي المفقود) :

في هذه الحالة يجب على زوجته أن تعتد عدة الوفاة بعد الحكم بموته ، وهي أربعة أشهر وعشر ، وذلك من تاريخ الحكم بوفاة المفقود سواء أكان مدخولاً بها أو غير مدخول ، وذلك لعموم قوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا ﴾ [٤] .

---

(١) البقرة : ٢٣٧ .

(٢) البقرة : ٢٣٦ .

(٣) انظر : في أحكام الأسرة ١ / ٥٨٤ ـ ٥٨٥ ومراجعه .

(٤) البقرة : ٢٣٤ .

وهذا القول هو ماذهب إليه فقهاء السلف الصالح رضي الله عنهم ، كعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر وعلي والحسن وعطاء وأبي الزناد وربيعة وغيرهم [١] .

ب - عدة زوجة الغائب (غيبة غير منقطعة) :

لزوجة الغائب من حيث العدة حالتان :

الأولى : قبل الدخول وفي هذه الحالة لاعدة عليها ؛ لأنه لا عدة على المرأة مطلقًا قبل الدخول بنص القرآن الكريم : ﴿ فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ [٢] .

الثانية : بعد الدخول وهنا تختلف عدتها باختلاف حالتها ، فإذا كانت ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [٣] .

فإن لم تكن من ذوات الحيض كالآيسة أو الصغيرة التي لم تحض بعد فإن عدتها تكون ثلاثة أشهر لقوله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ﴾ [٤] .

أما إذا كانت زوجة الغائب حاملا فعدتها وضع الحمل لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [٥] .

ثالثًا : نفقة العدة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن زوجة الغائب تستحق النفقة في فترة العدة ، وعللوا ذلك بقولهم : « وأما مدة العدة فإنها غير منتفية بخلاف عدة الوفاة فإن موته متيقن » [٦] .

ليس الأمر هذا فحسب ، بل ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن نفقة زوجة الغائب باقية أيضًا بعد مضي فترة العدة ، شريطة ألا تتزوج ، أو يفرق الحاكم بينهما ؛ لأنها لم تخرج من

---

(١) المحلى ١٠ / ١٤٠ وما بعدها ، والمصنف ٧ / ٨٥ وما بعدها .

(٢) الأحزاب : ٤٩ .

(٣) البقرة : ٢٢٨ .

(٤) الطلاق : ٤ .

(٥) الطلاق : ٤ .

(٦) الشرح الكبير ٩ / ١٣١ .

نكاحه ، أما إذا تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها ؛ لأنها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه [١] .

وفي الجانب المقابل لا يوجب المالكية لامرأة الغائب نفقة في فترة العدة ؛ لأن نفقة القريب تسقط بالوفاة[٢] .

رابعًا : ميراثها :

إذا كان حكم الإرث بالنسبة للغائب ينقسم إلى قسمين : ميراث غيره منه ، وميراثه من غيره ، إلا أن الذي نريد أن ننبه عليه هنا أننا سنعنى في هذا المقام فقط ببيان حكم إرث زوجته منه ، لأن ذلك موضوع دراستنا دون غيره من الجوانب الأخرى التي ليس لها نطاق في هذا البحث .

لقد اتفق الفقهاء على أن الغائب يعتبر حيًّا بالنسبة لأمواله ، وذلك استصحابًا للحال التي كان عليها قبل الفقد ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه بالدليل [٣] ، ومن ثم فلا يرث الغائب أحدٌ من ورثته ، وذلك لفقدان شرط الإرث ، وهو تحقق موت المورث .

ومن ثم فإذا تحقق موت الغائب وثبت بالبينة الشرعية في تاريخ معين كان موته حقيقيًّا ، وورثه من كان حيًّا من ورثته الموجودين في ذلك التاريخ الذي أسندت إليه الوفاة ، دون غيرهم ممن ماتوا قبل ذلك لعدم توافر شرط الإرث فيهم .

أما إذا بقي أمره مجهولا وحكم القاضي باعتباره ميْتًا بعد البحث والتحري تطبيقًا للمادة (٢١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م ، كانت وفاته معتبرة من وقت الحكم ، فيرثه من كان مستحقًّا الإرث فيه يوم الحكم ، أما من مات منهم قبل صدور الحكم ولو بعد رفع الدعوى فإنه لا يرث ؛ لأن شرط التوريث بقاء الوارث حيًّا بعد موت المورث ، والمورث هنا لم يمت موتا حقيقيًّا وإنما حكم باعتباره ميتا ، وعلى هذا فيعتبر

---

(١) المصدر السابق ٩ / ١٣١ .

(٢) شرح الدردير ٢ / ٥٦١ .

(٣) انظر : المغني ١٤٣ ، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٥٠٠ .

المفقود بالنسبة لورثته موجودًا إلى تاريخ الحكم [١] .

هذا وما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية هو ما نص عليه القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م حيث أوضح في المادة رقم (٢٢) أنه : « بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

كذلك أكد القانون رقم ١٠٣ لسنه ١٩٥٨ م الخاص بالمفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية باعتبارهم موتى بعد مضي أربع سنوات ، وقيام هذا القرار مقام الحكم ، فبناء على ذلك تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار .

* * *

على ضوء هذا ، وفي إطار موقف الشريعة الإسلامية من المواريث ، فإن لميراث زوجة الغائب حالتين :

الأولى : ترث الربع فرضًا ، إذا لم يوجد لزوجها الغائب (المتوفى) فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب .

وتطبيقًا لهذا لو مات غائب عن : زوجة وعم ، كان للزوجة الربع فرضًا ؛ لعدم وجود فرع وارث للزوج أصلاً وللعم الباقي تعصيبًا .

ولو مات عن : زوجة وابن بنت أو بنت بنت ، كان لزوجته الربع ؛ لأن كلا من ابن البنت وبنت البنت لا يرث بالفرض أو التعصيب ، بل يرث باعتباره من ذوي الأرحام .

الثانية : ترث الثُّمُنَ فرضًا إذا كان لزوجها الغائب (المتوفى) فرع وارث بطريق الفرض وهو البنت وبنت الابن وهكذا مهما نزل الابن ، أو بطريق التعصيب وهو الابن وابن الابن وهكذا مهما نزل الابن أيضًا .

فلو مات غائب عن : زوجة وابن ، فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث بطريق

---

(١) انظر : أحكام الأسرة د . سلام مدكور ٤ / ٢٤٥ ـ ٢٤٦ .

التعصيب ، وللابن الباقي تعصيبًا .

هذا وإنه لجدير بنا أن ننبه هنا إلى أن زوجة الغائب تستحق هنا الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج ، سواء كان هذا الفرع من هذه الزوجة ، أم من زوجة أخرى .

فلو مات غائب عن زوجة ، وابن أو بنت له من زوجة سابقة ، كان للزوجة التي مات عنها الثمن فرضًا .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه مما تجدر الإشارة إليه هنا أيضًا أنه إذا كان عدد زوجات الغائب أكثر من واحدة فإنهن يسري عليهن حكم الزوجة الواحدة ، فيقتسمن في الحالة الأولى الربع بينهن بالتساوي ، لأنهن جميعًا زوجات للمتوفى كما يقتسمن أيضًا في الحالة الثانية الثمن بالتساوي بينهن لأنهن جميعًا زوجات للمتوفى .

خامسًا : الإحداد على المفقود :

ذهب مالك وابن نافع وابن القاسم إلى وجوب إحداد زوجة المفقود على زوجها ، على حين ذهب ابن الماجشون إلى القول بعدم الإحداد عليها ، « ووجه قول مالك أنها عدة من وفاة ، أنه إنما يحكم بكونه ميتا ؛ لأن الظاهر أنه لو كان حيا لسمع خبره ، ووجه قول ابن الماجشون أنها فرقة يحتسب بها طلقة ، فلم يجب في العدة إحداد كطلاق الحاضر » [١] .

وفي رأيي أن ما ذهب إليه مالك وموافقوه جدير بالاعتبار والتقدير ، لأن الإحداد واجب شرعًا على الزوجة المتوفى عنها زوجها ، والزوج الذي نحن بصدده - وهو المفقود حكم عليه القاضي بالوفاة - وإن لم تكن حقيقية - وأوجب على زوجته الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذه العدة مدة الإحداد على الزوج المتوفى كما أوضح لنا رسول الله ﷺ في قوله : « لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرًا » [٢] .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي ٢ / ٤٣٦ ، والمنتقى ٤ / ٩١ .

(٢) رواه البخاري في كتاب (الطلاق) باب (تحد المتوفى عنها زوجها) ٣ / ٢٠٢ ، ثم راجع أيضا : إحكام الأحكام الصادر من بين شفتي سيد الأنام لابن النقاش ص ٥٥٢ .

أضف إلى ذلك أن وجوب الإحداد على زوجة المفقود شيء له وجاهته في نظري ، لأنه - أولا فيه محافظة على الوفاء لما كان بين الزوجين من عشرة محمودة ، تمتعت الزوجة في ظلها بآثار نعمه ، كما أن فيه - ثانيًا : إظهارًا للأسف والحزن على وفاة زوجها ، وهذا من شأنه يقوي من مكانتها ويحفظ سمعتها في المجتمع ، كما أنه يعمل على تقوية عرى الصلة والروابط بين أسرتها وأسرة المتوفى ؛ لأنه ليس من المقبول عرفًا أو شرعًا أن يحكم القاضي على زوج بالوفاة ، ثم تتزين زوجته التي كانت له فراشًا بالأمس بالحلي والخضاب وغير ذلك من أدوات الزينة دون أن تراعي شعور أسرة المفقود ، أو تشاركهم - وهي أولى بذلك - في إظهار الحزن والتفجع عليه .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإذا كان الأحناف يوجبون الإحداد على المبتوتة أو المطلقة طلاقًا بائنًا على الرغم مما في هذا الطلاق من ضرر وأذى يلحقان بالزوجة ، فإنه من باب أولى أن يكون الإحدادُ واجبًا على زوجة المفقود .

المبحث الثاني

في الشريعة المسيحية

لما كانت الغيبة سببًا من أسباب فسخ الزواج عند طوائف الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف المسيحية الأخرى ، لذا فإننا سنكتفي هنا ببيان آثار انحلال الزواج عند الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف الأخرى وذلك على النحو التالي :

أولاً : العدة :

ا : الأقباط الأرثوذكس :

تنص المادة (٢٥) على أنه « ليس للمرأة التي مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجًا ثانيًا إلا بعد انقضاء عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ ، وينقضي هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها ، أو بعد فسخ عقد الزواج ، ويجوز للمجلس الملي أن يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور »[1] .

وهذا ولما كانت المجالس الملية قد ألغي اختصاصها فإن لمحكمة الأحوال الشخصية إنقاص مدة العدة متى ثبت بدليل قاطع عدم المعاشرة خلال مدة العشرة أشهر وتطبيقًا لذلك في قضية طلب المدعي فيها بطلان عقد زواجه بالمدعى عليها ، لأنه تزوجها قبل انقضاء مدة عدتها (عشرة شهور) ، إذ تزوجت به قبل انقضاء خمسة شهور على الحكم بتطليقها من زوجها الأول ، قضت المحكمة برفض الدعوى واستندت إلى : « أن شبهة اختلاط الأنساب ـ الحكمة من العدة ـ غير قائمة في الدعوى ، إذ ثبت للمحكمة أن الزوج الأول لم يختلط بالمدعى عليها اختلاطا جنسيًا إلا في الشهرين الأولين من زواجه وذلك لحالة نفسية تولدت لديه لكراهيتها ، وقد رفعت الزوجة دعوى تطليق الأول ، وكانا في ذلك الوقت مفترقين إلى أن حكم بتطليقها وتأيد الحكم استئنافيا . وقد قررت الزوجة بمحضر المناقشة أمام هذه المحكمة أنها لم تكن حاملاً وقت أن تزوجها المدعي (الزوج الحالي) ، ولم تنجب ذرية لها من الزوج السابق ولا من الزوج الحالي ، فهي تصدق

---

(١) تشريعات الأحوال الشخصية ص ١٨١ .

بقولها شرعًا في مدة عدتها ، خاصة وقد وافقها المدعي على أنها دخلت به ولم تكن حاملاً وكانت عاقرًا ، فتكون ظروف الأحوال كلها قاطعة في أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور قبل زواجها الحالي ، وأن الفترة التي قضتها الزوجة بين تطليق زوجها الأول وزواجها بزوجها الثاني كافية لتنقيص مدة العدة بالنسبة للظروف والملابسات التي أحاطت بالزوج الأول والتي تقطع بعدم اتصاله بها مدة طويلة ، وأصبحت مسألة اختلاط الأنساب التي من أجلها شرعت العدة بعيدة عن كل شبهة ، ومن حق هذه المحكمة ومن اختصاصها أن تقضي بتنقيص مدة العدة الواردة في المادة (٢٥) ، وإذا كان ذلك قبل الزواج أو بعده ؛ لأنها وحدها صاحبة الاختصاص في كل ما يتعلق بأمور الأحوال الشخصية بعد إلغاء المجالس الملية » [١] .

ب ـ الأرمن الأرثوذكس :

تنص المادة (١٢) من قانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة على أن « المرأة التي انفسخ زواجها لا يجوز لها أن تعقد زواجًا ثانيا قبل مضي ثلاثمائة يوم من تاريخ الفسخ ، وإنما يجب تقصير هذا الأجل إذا ولدت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ الزواج . كذلك يصح تقصير هذا الأجل إذا ثبت ثبوتًا قاطعًا استحالة حصول اتصال زوجي بسبب غياب الزوج » [٢] .

جـ ـ الروم الأرثوذكس :

قضت المادة (٣ هـ) عند الروم الأرثوذكس أنه يشترط أن تعتد الزوجة عشرة شهور ابتداء من فسخ زواجها السابق بسبب وفاة الزوج أو الطلاق [٣] .

هذا « ولم يرد في نصوصهم تقصير هذه المدة ، غير أنه إذا كانت المرأة حاملاً ووضعت حملها لم يكن هناك ما يدعو إلى اختلاط الأنساب وبالتالي تنقضي العدة بالوضع » [٤] .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٥ يونيو ١٩٥٨ (مجلد الأحوال الشخصية ص ١١٧)
نقلا عن النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ص ١٢٨ ـ ١٣٦ .

(٢) تشريعات الأحوال الشخصية ص ٣٣١ ، والأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ١٧٧ .

(٣) انظر : الزواج والطلاق في جميع الأديان ص ٣٢٤ ، والأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ١٧٨ .

(٤) انظر : أحكام الأسرة د . العطار ص ١٤٢ .

د ـ السريان الأرثوذكس :

إذا كانت المادة (١٢) قد نصت عند السريان الأرثوذكس على عدة المتوفى عنها زوجها ، وجعلتها عشرة شهور ميلادية بعد الوفاة ، إلا أنها سكتت عن بيان عدة الطلاق ولذا يجب على من انقضى عقد زواجها بطلاق أو بيطلان أن تعتد ثلاثة قروء طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ؛ لأن العدة أمر يجب الأخذ به في النظام العام المصري لمنع اختلاط الأنساب [١] .

ثانيًا : المهر[٢]:

ا ـ الأقباط الأرثوذكس :

تفيد النصوص المنظمة لأحكام المهر في شريعة الأقباط الأرثوذكس أنهم يوجبون المهر للزوجة إذا ما انفسخ الزواج بسبب غيبة الزوج ؛ لأن المرأة في هذه الحالة لم تكن سببًا لهذا الفسخ ، وهذا هو ما نفهمه من المادة (٧٩) التي تنص على أنه « في حالة الحكم بالطلاق إذا كان سبب الفسخ قهريًا أي لا دخل لإرادة أحد الزوجين فيه : فيكون للمرأة حق الاستيلاء على مهرها ، أما إذا كان سبب الفسخ غير قهري ، فإن كان آتيًا من قبل الرجل فللمرأة الحق في أخذ مهرها ، وإن كان آتيًا من قبل المرأة فلا حق لها في المهر » [٣] .

وقريب من هذا ما ذهبت إليه شريعة الأرمن الأرثوذكس ، نفهم هذا من المادة (٧٢) التي تنص على أن « الزوج الذي صدر عليه حكم الطلاق يفقد جميع المنافع التي قدمها له الزوج الآخر سواء في أثناء الزواج أو قبله » [٤] .

ثم تأتي المادة (٧٣) وتزيد الأمر وضوحًا ، إذ تنص على أن : « الزوج الذي صدر لمصلحته حكم الطلاق يستبقي المنافع التي قدمها له الزوج الآخر حتى ولو كان متفقًا على

---

(١) انظر : احكام الأسرة د. العطار ص ١٤١ .

(٢) انظر أحكام المهر عند المسيحيين في : الأحوال الشخصية د . جميل الشرقاوي ص ٣٢٠ وما بعدها ، وأحكام الأسرة عند المسيحيين ص ٢٥٩ ، والنظام القانوني ص ٢٥٠ ـ ٢٥١ .

(٣) انظر : تشريعات الأحوال الشخصية ص ٣٣٠ ، والأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٢٩٣ .

(٤) تشريعات الأحوال الشخصية ص ٣٣١ .

أن تكون تبادلية »[1] .

ب ـ السريان الأرثوذكس :

يوجب السريان المهر للزوجة عند التطليق لأي سبب كان ، وهذا هو ما نفهمه من المادة (٣٣) من لائحتهم التي تنص على أنه : « إذا كتب الرجل لامرأته مهرًا ولم يدفعه لما لا تلزمه الشريعة بتأديته إلا عند الموت أو لدي الفصل الشرعي (التطليق) » .

جـ ـ الأرمن والروم الأرثوذكسيين :

لم تتضمن شرائع هاتين الطائفتين تنظيمًا لأحكام المهر ، وبالتالي يجوز الزواج عندهم بمهر وبلا مهر ، فإذا تم الزواج بمهر فإن أحكام الشريعة الإسلامية تسري على هذا المهر باعتبارها الشريعة العامة لأحكام الأسرة في مصر[2] .

ثالثًا : الدوطة والجهاز :

ذهبت شرائع الأرثوذكس إلى أن للزوجة استرداد الدوطة والجهاز وسائر ما أسهمت به في تأسيس الحياة الزوجية ، وذلك بعد وقوع الفسخ أو وفاة الزوج .

ففي شريعة الأقباط الأرثوذكس تنص المادة (٨٤) على أن « الجهاز ملك للمرأة وحدها ، فلا حق للزوج في شيء منه وإنما له الانتفاع بما يوضع منه في بيته ، وإذا اغتصب شيئًا منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته إن هلك أو استهلك عنده »[3] .

كما تقضي المادة ٨١ من شريعة الأرمن بأن : « عقد فسخ الزواج يكون للزوجة دائمًا الحق في استرداد الدوطة بجملتها ، ومع ذلك فللمحكمة أن تمنح الزوج أجلا لردها »[4] .

كذلك تنص المادة (٨٢) من هذه الشريعة أيضًا على أن « المنقولات والملبوسات

---

(١) المصدر السابق ص ٢٣١ .
(٢) انظر : أحكام الأسرة عند المسيحيين د . العطار ص ١٦٠ .
(٣) تشريعات الأحوال الشخصية ص ٢٣٠ .
(٤) المصدر السابق ص ٢٣٢ .

التي تحضرها الزوجة تكون لها وتعود إليها عند فسخ الزواج »[٣] .

أما الروم الأرثوذكس فقد فصلوا القول في هذه المسألة ، إذ ذهبوا إلى أنه : « بعد فسخ الزواج بالطلاق ترجع للزوجة بائنتها، وأما الهبة السابقة على الزواج فتبقى للزوج ما لم يكن هناك أولاد فتبقى البائنة للزوج لتستعمل في تربية الأولاد وتثقيفهم وكل اتفاق بين الزوجين يخالف ذلك باطل »[٢] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فهب أن الزوجين تنازعا على هذه الأشياء ، فكيف يكون الحكم إذن ؟

لقد نصت شريعة الأقباط الأرثوذكس على ذلك ، حيث نصت في المادة (٨٥) على أنه : « إذا اختلف الزوجان حال قيام الزواج أو بعد الفسخ في متاع موضوع في البيت الذي يسكنان فيه ، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة إلى أن يقيم الزوج البينة على أنه له ، وما يصلح للرجال أو يكون صالحًا لهما فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة على أنه لها »[٣] .

وإلى هذا أيضًا ذهبت شريعة الأرمن الأرثوذكس ، حيث قضت المادة (٨٣) على أنه : « عند الخلاف على الأمتعة الموجودة ببيت الزوجية فما كان منها خاصًا بالرجال أو الجنسين جميعًا يكون للرجل إلا إذا أثبتت الزوجة ملكيتها له »[٤] .

أما شريعة السريان فترى أنه إذا كانت المرأة هي السبب في انحلال الزواج فللرجل الحق في أخذ جهازها وقيمة المهر من باقي نعمتها الخصوصية ، وإن كان له أولاد منها ، فإن باقي نعمتها تحفظ لهم »[٥] .

هذا ولقد سلكت الخلاصة القانونية للأقباط الأرثوذكس هذا المسلك أيضًا ، حيث نصت على أنه « إذا كان سبب التطليق راجعًا إلى الزوجة ضاع عليها جهازها واستحقه

---

(١) المصدر السابق ص ٣٣٢ .

(٢) الزواج والطلاق ص ٣٢٨ (مادة ٣٢) .

(٣) تشريعات الأحوال الشخصية ص ٢٣١ .

(٤) المصدر السابق ص ٣٣٢ .

(٥) النظام القانوني ص ٢٥٧ (المادتان ٩٨ ـ ٩٩ سريان) .

الزوج لنفسه إن لم يكن له منها أولاد أما إن كان له منها أولاد فيحتفظ بالجهاز لهم » [١] .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أنه إذا كانت قوانين الأحوال الشخصية لبعض الطوائف المسيحية الأخرى أغفلت الإشارة إلى هذه المسألة ـ النزاع حول ملكية الجهاز ـ فإنه يسري على هذه الطوائف « أحكام الراجح من المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية في هذه الحالة باعتباره الشريعة العامة لأحكام الأسرة في مصر . ويقضي الراجح من المذهب الحنفي بأن ما يصلح للرجل فالقول فيه قول الزوج بيمينه ، وما يصلح للنساء فالقول فيه قول الزوجة بيمينها ؛ لأن الظاهر شاهد لذلك ، وعلى من يدعي خلاف الظاهر عبء إقامة الدليل على ما يدعيه ، وما يصلح لهما كالسجاجيد ، فرأي الصاحبين فيه ، وهو الراجح ، أن القول فيه قول الزوج فيه بيمينه ؛ لأن الظاهر يشهد فيه للرجل باعتباره المتصرف في الأموال الموجودة بالبيت ، وباعتبار الزوجة حافظة لما في البيت ، فإن كان النزاع بين ورثة الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر فالقول كذلك عدا إذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة فالظاهر يشهد للمرأة فيه ، لأنها واضعة اليد لا حافظة فحسب فيكون القول قول المرأة بيمينها في هذه الحالة » [٢] .

رابعًا : النفقة :

يوجب الأرثوذكس على اختلاف طوائفهم نفقة للزوجة بعد فسخ الزواج وانحلاله .

ففي شريعة الأقباط الأرثوذكس : « يجوز الحكم بنفقة أو تعويض لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر » [٣] .

وعند السريان « يلزم المطلق أن ينفق على زوجته على إذا كان سبب الطلاق قهريًا ومن جهة المرأة ، وكان ما تجهزت به قد عدم » [٤] .

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٥٠ المسألة ٢٨ رقم ١١٤ .

(٢) انظر : أحكام الأسرة عند المسيحيين ص ١٦٣ .

(٣) تشريعات الأحوال ص ٢٢٩ (المادة)٧١ .

(٤) المادة (٩٩ سريان) .

كـذلـك تنص شريعـة الروم على أنـه : « من يحكم عليـه من الزوجين بـأنـه المتسبب وحده للطلاق أن يدفع حسب مقـدرتـه المـاليـة نفقـة للأخير إذا كان هـذا محتـاجًـا ... ويجوز قضاء النفقة بدفعة واحـدة بنـاء على طلب من لـه الحق فيهـا إذا وجـدت لـذلـك أسبـاب قـويـة ، وخـلاف ذلـك تطبـق قـواعـد النفقـة الاعتيـاديـة التي ينص عليهـا القانون » [1] .

أما شريعة الأرمن الأرثوذكس فقد ذهبت إلى أن : « للمحكمة أن تقضي للزوج الـذي صدر له حكم الطلاق بنفقة يدفعها له الزوج الآخر ، ويمكن القضاء بهذه النفقـة في الحكم الصـادر بـالطـلاق أو في حكم لاحـق ، والحكم بـالنفقـة واجب حتمًا إذا حكم بـالطـلاق للجنون ، وتسقط النفقة إذا تزوج الشخص الممنوحة له مرة ثـانيـة ، ويبقى دين النفقـة هنا مستحقًا للزوج حتى بعد وفـاة الزوج الآخر المطلق ، ولكن يجب إنقـاص النفقـة إلى الحد الذي تتحمله التركة » [2] .

تلك هي نصوص طوائف الأرثوذكس في نفقـة الزوجـة بعـد فسخ الزواج وانحلالـه ، بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن هذه النصوص : « لم تربط الحكم بهذه النفقـة بمـدة العـدة ولا بمدة أخرى معينة ، ولما كانت العدة من النظام العام ، وكانت المرأة محتبسة على ذمـة زوجها خلال فترة العدة ، لهذا يحق لها أن تطلب نفقـة لهـا طوال مـدة العـدة ، ويسري على هذه النفقة سائر ما يسري على النفقة الزوجية من أحكام » [3] .

---

(١) الزواج والطلاق في جميع الأديان ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩ (المادة ٢٤) :

(٢) تشريعات الأحوال ص ٣٣١ (المادتان ٧٥ ، ٧٦ .

(٣) انظر : الأحوال الشخصية د. جميل الشرقـاوي ص ٤٥٤ ومـا بعـدهـا ، وأحكام الأسرة عند المسيحيين ص ٢٦٢ .

المبحث الثالث

في الشريعة اليهودية

المبحث الثالث

في الشريعة اليهودية

أولاً : العدة :

تتشدد الشريعة اليهودية في أحكام العدة ، فهي واجبة عندها في جميع الحالات حتى ولو لم يدخل الرجل بزوجته ، ولا تقبل الإنقاص بحال من الأحوال ، والهدف منها مراعاة الأنساب بالإضافة إلى الحرص على مصلحة الصغير [١] .

لذا فقد قضت المادة (٣٧٧) على وجوب العدة للزوجة إذا كان زوجها غائبًا [٢] ، بيد أن هذه العدة تختلف باختلاف حالة الزوجة وذلك على النحو التالي :

- لا يجوز العقد على المطلقة والأرملة قبل انقضاء عدتها ، وهي اثنين وتسعين يومًا لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ، صبية كانت أو مسنة ، مقيمة مع زوجها أو بمعزل عنه حتى ولو لم يدخل عليها [٣] .

- إذا كانت المطلقة أو الأرملة حاملاً فلا يجوز العقد عليها قبل الوضع ، وإذا كان معها صغير تربصت حتى يكمل السنتين [٤] ، أما إذا مات زالت العدة [٥] .

- لا يجوز العقد على الحامل قبل الوضع ، ولا على أم الرضيع قبل بلوغ الرضيع أربعة وعشرين شهرًا فطم أو لم يفطم [٦] .

هذا عن العدة في شريعة الربانيين ، أما العدة عند القرائين فهي ثلاثة أشهر هلالية [٧] ، وهي واجبة حتى « ولو كانت المرأة آيسًا أو عاقرًا أو كان الرجلُ عِنِّينًا أو مجبوبًا أو بعيدًا عنها أو غائبًا » [٨] .

---

(١) انظر : النظام القانوني للأسرة ص ١٣٦ .

(٢) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص ١١٢ .

(٣) المصدر السابق ص ١٥ (المادة ٤٩) .

(٤) المصدر السابق ص ١١٢ (المادة ٣٧٨) .

(٥) المصدر السابق ص ١١٢ المادة (٣٧٩) .

(٦) المصدر السابق ص ١٦ المادة (٥٠) .

(٧) انظر : الأحكام الشرعية للقرائين لمراد فرج ص ٣٣ (المادة ١٦٠) .

(٨) المصدر السابق ص ٣٣ المادة (١٦٢) . ثم اقرأ ١٦١ المادة لمعرفة كيف يمكن احتساب هذه العدة ؟

ثانيًا : المهر :

يعتبر المهر ركنا في الزواج عند اليهود بحيث يلتزم الزوج به ولو لم تحضر مقابلاً له ، وبعضه يدفع مقدمًا ، ويؤخر الباقي إلى أقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، هذا ولقد جرى العرف عند اليهود على أن يثبت المؤخر كتابة حتى لا يثور نزاع بشأنه ، وذلك وقاية من كون الرجل يستهين فيطلق ، فضلاً عن أنه - أي مؤخر الصداق - يكون ذخرًا للمرأة إذا طلقت أو مات زوجها [١] .

ثالثًا : الدوطة :

لقد نصت شريعة الربانيين على أن للزوجة أموالها عند الطلاق أو وفاة زوجها ؛ إذ يجب أن يرد لها مال الدوطة عينا عند الطلاق أو الوفاة إلا إذا نقصت قيمته وأصبح غير مفيد ، فإن للزوجة أن تقتضي قيمته الأصلية ، وكذلك إذا لم تنقص قيمته ولكن رضيت الزوجة بأن تأخذ ثمنه .

كما أوضحت هذه الشريعة أن حق الزوجة في الدوطة لا يتأثر حيث يكون الطلاق بسبب خطئها ، وإنما يجب - في هذه الحالة - على الزوجة إعادة ما سبق لزوجها أن اشتراه لها من مال الدوطة من الأمتعة والجوهرات [٢] .

هذا عن شريعة الربانيين ، أما القراؤون فقد خلت شريعتهم من تنظيم لمآل الدوطة ، ويمكن القول بتطبيق أحكام الربانيين على القرائين ؛ لأن تلك الشريعة أقرب الشرائع إليهم » [٣] .

رابعا : الجهاز :

ترى الشريعة اليهودية أن المرأة ليست ملزمة بإحضار أي جهاز أو أثاث معها على الرغم من قبضها المهر ، ولذا فهي إن أحضرت معها جهازًا يكون ملكا لها ، ويكون لها

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٣٢٧ .

(٢) انظر : الأحكام الشرعية ص ٣٦ - ٣٨ المواد (٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٢) .
وكذلك اقرأ : الأحوال الشخصية د : أحمد سلامة ص ٣٢٩ - ٣٣٠ .

(٣) الأحوال الشخصية د . أحمد سلامة ص ٣٢٩ .

استرداده عند انتهاء الرابطة الزوجية ، أما إن طلقت الزوجة لخطأ من جانبها فليس لها سوى أخذ ما في حيازتها من الجهاز ، وتفقد ما يقع في حيازة الزوج [١] .

بيد أن الذي ينبغي أن نشير إليه أنه لما كان الجهاز ملكا للزوجة فإذا مات زوجها كان لها أن تسترده دون أن يقاسمها في قيمته دائنو الزوج المتوفى ، وذلك بعكس ما يشغل ذمة الزوج نتيجة ضياع أو تلف بعض الأشياء ، فهي عند القرائين تتساوى مع غيرها من الدائنين ، وتقسم أموال المتوفى بينهم قسمة غرماء ، وأما الربانيون فيعطون للزوجة أولوية في استيفاء حقوقها قبل الدائنين ؛ إذ نصت المادة (١٤٥) على أنه « ما يملكه الرجل يكون ضامنا شرعًا لما للزوجة من حقوق » [٢] .

خامسًا : نفقة العدة :

لقد قضت شريعة الإسرائيليين على أنه « يجوز للمطلق إعالة مطلقته بشرط ألا يوجب هذا اختلاطه بها وإلا وجب أن ينيب عنه » [٣] .

---

(١) انظر : شعار الخضر ص ١١٨ ، ١١٩ ، والأحوال الشخص د . سلامه ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩ ، والنظام القانوني ص ٢٥٧.

(٢) انظر : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لشمون ص ٤٢ .

(٣) المصدر السابق ص ١٠٤ المادة (٢٥٣) .

الفصل الثالث

نفقة زوجة الغائب

تمهيد :

تعد النفقة الزوجية بصفة عامة في الشريعة الإسلامية من الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها كما نص على ذلك الفقهاء جميعًا ، سواء من أطلق النفقة منهم على الطعام والسكن والكسوة ، أو أطلقها على الطعام فقط [١] .

كذلك جعلت الشرائع غير الإسلامية نفقة زوجة الغائب من الحقوق الواجبة لها على زوجها ، حيث نصت الشريعة اليهودية : « على الزوج للزوجة مهرها ومؤونتها وكسوتها » [٢] كما ذهبت إلى ذلك أيضًا الشريعة المسيحية ، حيث قضت بأن يلتزم الرجل لامرأته بالقوت والكسوة والسكن قدر طاقته [٣] .

كذلك عنيت الشرائع الوضعية بنفقة الزوجة عناية كافية ، فقد نص المشرع المصري - على سبيل المثال - على « وجوب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكمًا ، حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين » وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف [٤] .

هذا وإنه لجدير بنا أن ننبه هنا إلى أن للنفقة قضايا كثيرة تتعلق بها ليس لها موضع في هذا البحث ، كشروط وجوبها أو كيفية تقديرها ، أو بيان أحكامها ، أو غير ذلك مما نجده مثبوتا في مظانه من كتب الفقه والقوانين المختلفة .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه هنا ، أن الذي يعنينا في هذا المقام هو بيان موقف الشرائع - سماوية ووضعية - من نفقة الزوجة الذي غاب عنها زوجها ، أو بمعنى آخر ، ما هي أحكام نفقة زوجة الغائب ؟

والمراد بالغائب هنا من يتعذر إحضاره أمام القاضي لسؤاله عن الدعوى سواء أكانت

---

(١) اقرأ معنى النفقة وأدلة ثبوتها عند الفقهاء في بدائع الصنائع ٤ / ١٥ ، المغني ٩ / وبداية المجتهد ٢ / ٢٥٤ والمحلى ١٠ / ٨٨ وما بعدها .

(٢) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين لشمعون مادة ١٠٦..

(٣) انظر على سبيل المثال : لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (مادة ٤٧) ، وقانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة مادة (٣٧) .

(٤) القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المادة الأولى .

غيبته منقطعة (وهو ما يعرف بالفقد) ، أو غير منقطعة (وهو ما يعرف بالغائب) بعيدًا كان أو قريبًا ، يقطن في نفس البلد الذي تقيم فيه الزوجة ، أو في بلد آخر .

المبحث الأول

في الشريعة الإسلامية

تختلف نفقة زوجة الغائب في الشريعة الإسلامية باختلاف حال الغائب وذلك من حيث يساره أو إعساره على النحو التالي :

أولاً : إذا كان الزوج الغائب موسرًا :

ذهب الفقهاء إلى أن الزوج إذا غاب عن زوجته وكان موسرًا ، فإن لزوجته عليه النفقة ، فإذا كان ماله طعامًا كان أو ثيابًا أو نقدًا ـ تحت يدها فلتأخذ منه لتنفق على نفسها وأولادها الصغار لحديث هند التي قال لها رسول الله ﷺ « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » [١] .

كذلك إذا رفعت المرأة أمرها إلى القاضي ليفرض لها النفقة كان على القاضي أن يستجيب لها ويأمرها بأخذ المفروض لها مما تحت يدها من مال زوجها الغائب ، وليس هذا قضاء على الغائب عند الأحناف بل هو تمكين للزوجة من أخذ حقها [٢] . وإن كان مال الزوج الغائب من جنس ما تقدر بها نفقة زوجته ولكنه ليس تحت يدها ، كأن يكون في ذمة مدين أو تحت يد مودع أو نحو ذلك ، فيكون للزوجة الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرض لها نفقة فيه . فإن كان من عنده المال مقرًا به ومعترفًا بالزوجية أو منكرًا لها أو لأحدهما والقاضي عالم بما أنكره فرض لها القاضي النفقة ، وأمر من عنده المال بتسليمها ما فرض لها من مال الزوج الذي عنده أو في ذمته وليس هذا من قبيل قضاء القاضي بعلمه عند الأحناف ، بل هو إعانة لصاحب الحق على الوصول إلى حقه [٣] .

هذا ويرى الحنفية [٤] والزيدية [٥] أنه يجب على القاضي ألا يسلم زوجة الغائب

---

(١) رواه البخاري في كتاب النفقات ، باب (إذا لم ينفق الرجل) ٣ / ٢٠٦ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٦ / ١٩٦ ـ ١٩٧ ، والمبسوط ١١ / ٣٩ .

(٣) انظر : المبسوط ١١ / ٣٩ .

(٤) المبسوط ١١ / ١٣٩ ، وبدائع الصنائع ٦ / ١٩٦ .

(٥) البحر الزخار ٣ / ٢٧٤ .

نفقتها إلا إذا أخذ منها كفيلاً أي ضامنًا للمال الذي تأخذه ، لأن في أخذ الكفيل مصلحة للغائب ، فإنه إذا تبين بعد ذلك أن المرأة لا تستحق الذي أخذته على سبيل النفقة يكون للغائب الحق في أن يأخذه من المرأة أو من الكفيل ، ولا شك أن هذا أضمن لأمواله لاحتمال ألا يكون عند المرأة شيء يستوفي منه ما أخذته فيأخذه من الكفيل [١] .

هذا ولا يكتفي القاضي بأخذ الكفيل ، بل يرى الأحناف [٢] والشافعية [٣] والزيدية [٤] والمالكية [٥] أنه يجب عليه أيضًا أن يحلف المرأة يمين الاستيثاق ، وذلك على ثلاثة أشياء :

الأول : أن زوجها الغائب لم يترك لها النفقة قبل سفره .

الثاني : أنها لم تكن ناشزة أي خارجة عن طاعته بغير حق .

الثالث : أن زوجها الغائب لم يطلقها قبل سفره وانقطعت عدتها [٦] .

وإن كان من عنده المال ـ المودع أو المدين ـ منكرًا للزوجية وللمال معًا أو لأحدهما والقاضي لا علم له بما ينكره ، فقد ذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى أن القاضي ليس له أن يسمع دعوى الزوجة في هذا الحالة ؛ لأن شرط سماع الدعوى عندهم وجود خصم للمدعي ومن عنده المال ـ المودع أو المدين أو المضارب ـ ليس خصمًا للزوجة في شيء من ذلك [٧] .

وفي الجانب المقابل ذهب زفر إلى أن القاضي يجب عليه أن يسمع الدعوى من الزوجة فيما ينكره من تحت يده المال [٣] ويطالب بالبينة على ما أنكره ، فإن أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بأدائها لها من مال زوجها الذي عنده أو في ذمته ، فإن لم تقم

---

(١) راجع : شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ١ / ٣٦٥ .
(٢) المبسوط ١١ / ١٤١ .
(٣) الأم ٥ / ٨٩ .
(٤) البحر الزخار ٣ / ٢٧٤ .
(٥) حاشية الدسوقي ٢ / ٤٦٢ .
(٦) راجع : شرح الأحكام الشرعية ١ / ٣٦٦ .
(٧) المبسوط ١١ / ٤١ ، وبدائع الصنائع ٩ / ١٩٧ .

الزوجة البينة مع ذلك لا يفرض لها شيئًا [١] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه لجدير بنا أن نشير إلى ما ذهب إليه المالكية في فرض نفقة الزوجة في مال زوجها إذا كان دينًا ، حيث فرقوا بين المؤجل من الدين والحال منه ، وذلك على النحو التالي :

قوله : وفي دينه الذي على الناس : أي سواء كان حالاً أو مؤجلاً وفرضيتها في الأول ظاهر ، وأما في الثاني فينفق عليها الحاكم من عنده أو من قرض ، فإذا حلّ الدين أخذ منه ولا يباع ذلك الدين المؤجل [٢] .

وبعد ، فإن هذا كله يتعلق فيما إذا كان المال الذي تركه الغائب من جنس ما تقدر به نفقة الزوجة عادة كالغلال والسمن وغيرهما من أصناف المأكولات ، أو الذهب أو الفضة سواء كانا مضروبين أو غير مضروبين ، أو الثياب وغير ذلك مما تلزم كسوتها ، ولكن هبْ أن الغائب ترك مالا ليس من جنس نفقة الزوجة كالعقار وأراضي الزراعة وغير ذلك ، فهل يجوز للقاضي بيع بعض هذه الأشياء أو كلها لكي يفرض فيها نفقة زوجته ؟

نعم يجوز للقاضي في هذه الحالة عند الشافعية [٣] والمالكية [٤] والزيدية [٥] بيع أموال الغائب للنفقة على زوجته ، فعلى سبيل المثال جاء في المدونة الكبرى ما نصه : « قال : قلت : أرأيت المرأة إذا كان زوجها غائبًا وله مال حاضر أو قرض فطلبت المرأة نفقتها أتفرض لها نفقتها في مال زوجها ؟ وهل تكسر عروضه في ذلك قول في مالك ؟ قال : نعم » [٦] .

هذا وفي الجانب المقابل يرى الأحناف [٧] أنه لا يجوز للقاضي أن يبيع شيئًا من

---

(١) المبسوط ١١ / ٤٢ .

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٤٦٢ .

(٣) الأم ٥ / ٨٣ .

(٤) المدونة ٤ / ٣٦١ .

(٥) البحر الزخار ٣ / ٢٧٤ .

(٦) المدونة الكبرى ٤ / ٣٦١ ، وللوقوف على رأي مالك بالتفصيل في نفقة زوجة الغائب راجع المدونة ٤ / ٢٥٨ وما بعدها ، ٤ / ٤٥١ ـ ٤٥٢ .

(٧) المبسوط ١١ / ٣٨ وما بعدها ، وبدائع الصنائع ٦ / ٩٦ ـ ٩٧ .

ذلك على الغائب » أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ـ فظاهر ؛ لأن الزوج لو كان حاضرًا لم يبع القاضي عروضه في ذلك ، فإذا كان غائبًا أولى ، وأما على قولها ـ الصاحبين ـ إنما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه ، وليس له ولاية الحجر وإلزام القضاء على الغائب »[1] .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه مما تجدر الإشارة إليه أن الاحناف يجيزون للقاضي هذا البيع في أمواله التي يخاف عليها من الفساد ؛ لأن حفظ عينه ـ أي متاع الغائب ـ عليه متعذر فيصير إلى حفظ ماليته عليه ، وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الإناث أو الزمنى من الذكور[2] .

هذا وإنه لجدير بنا أن ننبه هنا أيضًا أنه إذا كان الأحناف يجوزون للقاضي البيع في هذه الحالة ، إلا أنهم يرون بطلان البيع في هذه الحالة إذا كان صادرًا من زوجة الغائب أو ولده ، وإذا حصل ذلك كان البيع باطلاً ؛ لأن البيع من الحفظ ، وليس من استيفاء النفقة في شيء ، وإليهما حق استيفاء النفقة دون الحفظ ، وأما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود[3] .

هذا عن رأي الأحناف في نفقة زوجة الغائب ، أما ابن حزم الظاهري فإنه يرى أن الزوج الذي يمنع النفقة والكسوة عن زوجته وهو قادر عليها فسواء أكان غائبا أو حاضرًا فهو دين في ذمته يؤخذ منه أبدًا ، ويقضي لها به في حياته وبعد موته ومن رأس ماله يضرب به مع الغرماء ؛ لأنه حق لها فهو دين قبله[4] .

وبعد فإنه مما تجدر الإشارة إليه هنا أن هذا كله يتعلق فيما إذا كان مال الغائب في جهة واحدة ، أما إذا كان ماله في عدة جهات ، نظر القاضي إلى مصلحته فقدم ما هو أولى بالإنفاق لتعرضه للهلاك والضياع ، فيقدم الوديعة على الدين ؛ لأنها لا تضمن إلا بالتعدي والدين ثابت في ذمة المدين لا يتأتى العدوان عليه إلا إذا خاف إفلاس المدين أو

---

(١) انظر الأحكام الشرعية مادة ١٩٥ .

(٢) المبسوط ١١ / ٣٨ ـ ٣٩ .

(٣) المبسوط ١١ / ٤٠ .

(٤) المحلى ١٠ / ٩١ .

هربه أو إنكاره فحينئذ يقدمه [١] .

تلك أهم الآراء والمذاهب الفقهية التي قيلت في مسألة نفقة الزوجة الذي غاب عنها زوجها وترك لها مالا (أي كان موسرًا) سواء كان هذا المال من جنس تقدر به نفقة الزوجة كالطعام والثياب والنقد ، أو كان من غير جنس هذه النفقة كالعقار والعروض والمتاع .

بيد أن الذي نريد أن ننبه إليه هنا أنه إذا كان الحنابلة - كما رأينا - يوجبون نفقة لزوجة الغائب ، ويجيزون كغيرهم بيع أموالها لاستيفاء هذه النفقة إلا أنهم يشترطون لوجوب هذه النفقة أن تكون هذه الزوجة قد مكنت زوجها من نفسها قبل غيابه ، وإلا فلا نفقة لها وفي هذا يقول صاحب المغني : « وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه ، بل تجب عليه في زمن غيبته ؛ لأنها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها ، وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه ؛ لأنه لم يوجد الموجب لها » [٢] .

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أنه إذا عاد الزوج الغائب وصدق المرأة في دعواها ، فلا يكون لها حق في أخذ شيء لا من المرأة ولا من الكفيل ؛ لأنها لما وافقها على دعواها ثبت أنها أخذت شيئًا مستحقًا لها ، وكل من المودع أو المدين أعطى الوديعة أو الدين إلى مستحق فلا يأخذ منها شيئًا .

ولكن يا ترى : ما حكم إذا عاد الزوج الغائب ودفع دعوى الزوجة ؟ أو بمعنى آخر : ما الحكم إذا عاد الغائب وأثبت عدم استحقاق زوجته النفقة في مدة غيابه ؟

إذا حضر الزوج الغائب من غيبته وكذب المرأة في دعواها كان عليه أن يثبت بطلان هذه الدعوى ، كأن ينكر زوجيتها ، أو يدعي طلاقها وانتهاء عدتها ، أو يدعي أنه عجل لها النفقة قبل سفره ، ولكل قضية من هذه القضايا طريق للسير فيه على النحو التالي :

---

(١) الزواج لفضيلة المرحوم الشيخ علي حسب الله ص ١٩٢ .

(٢) المغني ٩ / ٢٨٢ - ٢٨٣ .

١ ـ إذا حضر الزوج الغائب وادعى أنه عجل لها النفقة قبل سفره ، وأقام البينة على ذلك أو لم يقم واستحلفها فنكلت فهو بالخيار إن شاء استرد النفقة من المرأة ، وإن شاء رجع بها على الكفيل ، وإن أقرت المرأة أنه عجل لها النفقة يرجع بها عليها لا عليه [١] .

هكذا نفهم من هذا النص أن الزوج إذا ادعى أنه عجل لها النفقة قبل سفره ، وأنها لا تستحق المال الذي أخذته حال غيابه ؛ فإما أن تنكر المرأة ذلك أو تصدق ، فإن أنكرت ، فإما أن يمكنه إثبات ذلك بالبينة أولاً ، فإن أقام بينة ثبتت دعواه ، وحينئذ يكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته حال غيابه ؛ لأنه تبين أنها لا تستحقه ؛ لأنه ثبت أنه أعطاها النفقة الكافية مدة غيابه ، وفي هذه الحالة ـ أي حالة إثبات ذلك بالبينة ـ يكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته حال غيابه من المرأة أو من الكفيل ؛ لأن البينة حجة متعدية ، فكما أنها تثبت حقًا له على المرأة تثبت حقًا أيضًا على الكفيل ، فيخير في ذلك فإن أخذه من الزوجة فلا ترجع به على أحد ، وإن أخذه من الكفيل يأخذ الكفيل مثله من المرأة إن كانت أمرته بالضمان .

وإن عجز عن إقامة البينة فله أن يطلب من المرأة اليمين على أنه ما أعطاها نفقتها قبل سفره ، فعند توجيه اليمين إليها إما أن تمتنع عن اليمين أو تحلف ، فإن امتنعت عن اليمين ثبت ما ادعاه وحينئذ يخير بين أخذه من الكفيل أو من المرأة كما هو صريح المادة ، ولكن هذا غير ظاهر ، لأنهم نصوا على أن الإنكار بذل أو إقرار ، وهي لو أقرت بأنه عجل لها النفقة قبل سفره فلا يرجع الزوج إلا عليها وليس له مطالبة الكفيل ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره اللهم إلا أن يكون في المسألة قولان .

وإن صدقته في أنه عجل لها النفقة قبل سفره كان له الحق في أن يأخذ منها المال الذي أخذته مدة غيابه ؛ لأنه ثبت بإقرارها أنها لا تستحقه ؛ إذ كان عجله لها قبل سفره فترد ما أخذت ؛ لأن الحق لا يستوفى مرتين ، وليس له أن يطالب الكفيل في هذه الحالة بما أخذته ؛ لأن الأخذ ماثبت إلا بإقرارها ، وهو حجة قاصرة على المقر فلا

---

(١) انظر : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مادة (١٩١) ص ٤١ .

يتعدى إلى الكفيل [١] .

٢ - إذا رجع الغائب وأنكر النكاح ولا بينة للمرأة ، فالقول قوله مع حلفه ، فإذا حلف وكان المال الذي قبضته وديعة ، فله أن يرجع به على المرأة أو على المودع ، وإن كان دينًا فله الرجوع على الغريم ، وهو يرجع على المرأة [٢] .

من هذه المادة يتضح أنه إذا أنكر الغائب الزواج أصلا وادعي أنها ليست بزوجة له فحينئذ تكون المرأة مدعية عليه الزوجية وهو ينكرها فتكلف المرأة بإثبات دعواها ، فإن أقامت بينة على أنها زوجته ثبتت الزوجية وحينئذ لا يكون له حق في طلب المال الذي أخذته من أحد ؛ لأنه كان ينكر استحقاقها لما أخذت ؛ لأنها ليست زوجته وقد أثبتت الزوجية فتكون مستحقة له فتبين أنها أخذت حقها فلا يسترد ، وإن عجزت عن إقامة البينة فلها طلب يمينه ، فعند ما تتوجه عليه اليمين فإما أن يمتنع أو يحلف ، فإن امتنع ثبتت الزوجية أيضًا ، لأن امتناعه إقرار وحينئذ لا يكون له حق في استرداد ما أخذت لما تقدم ، وإن حلف أنها ليست زوجة له انتفت دعواها فيكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته ، لأن أخذها له كان مبنيًا على دعواها الزوجية ولم تثبت فيسترده .

ثم إن المال الذي أخذته إمّا أن يكون وديعة أو دينًا ، فإن كان وديعة فهو مخير بين أخذه من المرأة أو من المودع ، فإن اختار تضمين المرأة فليس لها حق في الرجوع به على أحد ، وإن أخذه من المودع كان له الحق في أخذه من المرأة ، وإن كان دينًا فليس له إلا أخذه من المدين وهو يرجع به على المرأة ، والفرق بينهما أن المرأة في الوديعة أخذت نفس ما يستحق الغائب بدون تسليط منه فيكون كل منهما متعديًا على عين ما يستحقه فيثبت له الخيار ، وفي الدين أخذت مثل ما يستحقه الغائب ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ؛ فالمرأة لم تأخذ نفس ما يستحقه الغائب بل مثله فلا يرجع عليها بشيء ، ولكن بعد أخذه من المدين يرجع المدين به على المرأة ؛ لأنه تبين أنها غير مستحقة لما أخذته فترده .

ويظهر أن هذا مقيد بما إذا ثبتت الزوجية وكل من الوديعة والدين بإقرار المودع أو

---

(١) انظر : شرح الأحكام الشرعية لمحمد زيد ص ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٢) الأحكام الشرعية (المادة ١٩٢) . ص ٤٧ .

المدين . وأما إذا كان ثبوت ذلك بالبينة بعد إنكار كل منها فلا يكون للغائب حق الرجوع على كل من المودع والمدين ، لأنها والحالة هذه مضطران إلى دفع المال إليها لأمر القاضي لها بذلك فلا يكون للغائب حق في الرجوع على كل منها بل له أخذه من المرأة فقط [١] .

٣ـ إذا رجع الزوج الغائب وأقام البينة على الطلاق وانقضاء العدة وعدم استحقاق المرأة النفقة التي أخذتها في غيابه ضمنت هي لا الدافع من المودع أو المديون إلا إذا شهدت بينة الزوج أن الدافع كان يعلم بالطلاق فحينئذ يكون عليه الضمان [٢] .

تبين هذه المادة أنه إذا ادعى الزوج الغائب أنها كانت زوجة له ، ولكن طلقها قبل سفره وانقضت عدتها وبناء عليه لا تستحق النفقة التي أخذتها في غيابه وأثبت ذلك بالبينة فله الحق في تضمين المرأة المال الذي أخذته حال غيابه ؛ لأنها أخذته على أنه نفقة وقد تبين أنها لا تستحقه فترده ، وليس له تضمين كل من المودع والمدين ؛ لأنها معذوران في دفعهما المال إليها ؛ إذ الطلاق مما ينفرد به الزوج فيخفى عليهما حتى إذا وجد ما يدل على أنهما يعلمان بالطلاق وانقضاء العدة بأن شهدت البينة التي أقامها الزوج على الطلاق وانقضاء العدة بأن كلا من المودع والمدين يعلم بذلك ثبت له حق الرجوع على كل منهما أيضا لتعدي كل منهما ، والحالة هذه على مال الغائب [٣] .

٤ ـ إذا ادّعى المودع أو المديون الذي أمره القاضي بالإنفاق على زوجة الغائب ـ أنه دفع إليها المال للنفقة وأنكرت المرأة ذلك يقبل قول المودع بلا بينة ، ولا يقبل قول المديون إلا ببينة [٤] .

فإذا فرض أن القاضي أمر كلا من المودع والمدين بالإنفاق على الزوجة من الوديعة والدين وامتثل كل منهما الأمر ، وبعد مدة عادت المرأة إلى القاضي وادعت أن كلا منهما لم يعطها شيئًا لتنفقه على نفسها فأحضرهما القاضي وادعى كل منهما أنه أعطاها المال الذي

---

(١) شرح الأحكام الشرعية ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠ .

(٢) الأحكام الشرعية مادة ١٩٣ ص ٤٧ .

(٣) شرح الأحكام الشرعية ٢٧٠ ـ ٢٧١ .

(٤) الأحكام الشرعية مادة (١٩٤) ص ٤٧ .

أمره بإعطائه لها وأنكـرت المرأة ذلك صدق للمودع بلا بينة ، لأنه أمين ، ولا يقبل قول المدين إلا إذا أثبت بالبينة أنه دفع إليها الدين ؛ لأنه يدعي براءة ذمتـه منـه فلا يسقـط عنه إلا ببينة [١] .

ثانيًا : إذا كان الزوج الغائب معسرًا :

يرى المالكية أن الزوج إذا كان غائبًا ولم يترك لزوجته شيئًا ، ولا وكّل وكيلا بهـا ، فإنه نطلق عليه للعسر بالنفقة سواء دخل بها أو لم يـدخل بها ، دعي إلى الـدخول أو لم يدع وذلك على المعتمد في المذهب [٢] .

بيد أنهم - أي المالكية - قالوا : إن الزوج إذا كان قريب الغيبة كثلاثـة أيـام ، فـإنـه يرسل إليه : إما أن يأتي ، أو يرسل إليها النفقة أو يطلق عليه [٣] .

كـذلـك ذهب الشـافعي إلى أن لـزوجـة الغـائب الحـق في الفسـخ إذا تعـذر النفقـة عليها [٤] .

أما مذهب أحمد بن حنبل فإذا غاب الزوج ولم يترك لزوجته مالا ، أو تعذر الإنفاق عليها ، كان لها أن تطلب من القـاضي فسخ نكاحهـا ، وفي هـذا يقول المقـدسي : « وإن كان الزوج غائبًا ولم يترك لها نفقة ولم تقدر على مال له ولا على استدانة ، ولا الأخذ من وكيله إن كان له وكيل كتب الحاكم إليه فإن لم يعلم خبره وتعذرت النفقة فلهـا الفسخ ، ولا يصح الفسخ في ذلك كله إلا بحكم يفسخ بطلبها أو تفسخ بأمره » [٥] .

وفي الجانب المقابل ذهب الأحناف إلى أنـه لا يجوز للمرأة طلب الفسخ بسبب إعسـار زوجها ، فقال أبو حنيفة وصاحباه : لا يلتفت إلى قولها ولا يجيبها إلى طلبها ؛ لأن فيـه قضاء على الغائب وهو لا يجوز .

قال زفر وأبو يوسف في رواية عنـه : يجيبها إلى طلبهـا فيسمع بينتهـا على الزواج ،

---

(١) شرح الأحكام الشرعية ص ٢٧١ .

(٢) انظر : الشرح الصغير ٢ / ٢٤٥ - ٢٤٧ ، وحاشية الدسوقي ٢ / ٤٦١ ، والمدونة الكبرى ٤ / ٣٦٠ .

(٣) حاشية الدسوقي ٢ / ٣٦١ .

(٤) الأم ٥ / ٨١ - ٨٢ ، حاشية ابن عابدين ٢ / ١٠٧٩ .

(٥) الإقناع للمقدسي ص ١٤٧ .

ويقضي لها بالنفقة دون الزواج ، لكن حيث إن الغائب لم يترك مالا أصلاً فليأمرها القاضي بالاستدانة عليه فإن شكت أنها لا تجد من تستدين منه أمر بإدانتها من تجب نفقتها عليه من أقاربها لو لم تكن متزوجة ، ثم يرجع من أداها على زوجها إذا أيسر [١] .

هذا وإنه لجدير بنا أن نوضح أن ما ذهب إليه الأحناف من القول بعدم وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة مرجعه إلى أنهم قالوا : « لأنّا بين أمرين : أن نؤجل دفع الزوج النفقة للضرورة مع رفع الضرر عن المرأة بإذنها بالاستدانة عليه ، وأن نفرق بينهما فنبطل حق الزوج في الاستمتاع من غير مقابل ، ولا شك في أن تأجيل حق على الزوج من غير إضرار بالمرأة خير من إسقاط حق للزوج من غير مقابل » [٢] .

كذلك يبدو لنا من كلام ابن حزم فيما ذهب إليه في نفقة الزوجة - كما نص على ذلك في المحلى - أنه ليس لزوجة الغائب في هذه الحالة على زوجها شيء من النفقة ، كما أنه ليس لها طلب الفسخ بل يجب عليها أن تصبر وتنتظر الميسرة [٣] .

وأخيرًا أرى إتمامًا للفائدة أن نجيب على التساؤل التالي :

متى تصبح نفقة الزوجة دينًا على زوجها ؟ أو بمعنى آخر إذا كان ليس ثمة خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، فهب أن الزوج غاب عن زوجته دون أن يترك لها هذا الحق الواجب عليه لها - أي النفقة - فأخذت المرأة تنفق على نفسها من مالها الخاص ، أو من مال غيرها عن طريق الاستدانة ، فهل تكون نفقة هذه المدة دينًا عليه يدفعها لها أم لا ؟

ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن النفقة متى وجبت على الزوج ولم يؤدها كانت دينًا صحيحًا عليه ، فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وإن لم يكن هناك تراض ولا قضاء قاض ، كما أنها لا تسقط لا بمضي المدة ولا بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢ / ١٠٧٩ ، والأحكام الشرعية مادة (١٩٠) .

(٢) انظر الزواج للشيخ علي حسب الله ص ١٩٣ .

(٣) انظر : المحلى ١٠ / ٩١ - ٩٢ وليس الأمر هذا فحسب بل أوجب ابن حزم على الزوجة الغنية نفقة زوجها المعسر ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر . انظر هذا الرأي في المحلى ١٠ / ٩٢ ، ومناقشته لأستاذنا الدكتور بلتاجي في : أحكام الأسرة ١ / ٤٢١ .

الموت ؛ لأن النفقة عندهم حق للمرأة بالاحتباس كالمهر بالعقد ، فلا وجه لسقوطها بعد تقررها إلا بما تسقط به كل الديون .

أما الأحناف فيقسمون دين النفقة ثلاثة أقسام :

١ ـ دين نفقة تراضى عليها الزوجان أو حكم بها القاضي ، ثم استدانتها المرأة بإذن الزوج أو بأمر القاضي ، فهذا يكون دينًا قويًا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

٢ ـ دين نفقة تراضى عليها الزوجان أو حكم بها القاضي ولم تؤذن المرأة باستدانتها لا من الزوج ولا من القاضي ، وهذا يكون دينًا ضعيفًا يسقط بالأداء أو الإبراء وبنشوز المرأة وبموت أحد الزوجين والطلاق على خلاف فيه عندهم .

هذا وقد عللوا سقوطه بغير الأداء والإبراء بأن النفقة أشبه بالصلة منها بالعوض ، ولا وجه لتكليف الزوج بدفع صلة للمرأة عند وقوع شيء من ذلك .

٣ ـ دين نفقة لا تراضى عليها الزوجان ولا حكم بها القاضي ، وهذه يسقط منها ما مضى عليه شهر ؟ فلا يكون دينًا ، ولا يطالب الزوج به ، وما لم يمر عليه شهر يعد دينًا ضعيفًا كالنوع الثاني لتتمكن المرأة في أثنائه من مقاضاة الزوج والحصول على حكم من القاضي بالنفقة [1] .

هكذا اختلف الفقهاء في هذه المسألة ، وهذا مرجعه إلى اختلافهم في الوضع الفقهي لوجوب النفقة ، فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس ولا وجه للتبرع فيها ، على حين يرى الحنفية أنها جزاء الاحتباس مع أن فيها ناحية صلة ، فهي جزاء فيه نوع الصلة أو هي صلة وجزاء [2] .

بيد أن المشرع المصري أخذ برأي الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، حيث نص على ذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في مادته الأولى : « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينًا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » .

---

(١) انظر : الزواج للشيخ علي حسب الله ص ١٩٤ ـ ١٩٥ .

(٢) انظر : موسوعة الأحوال الشخصية ١ / ٢١٠ .

كما قضت المادة الثانية بأن : « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينًا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » .

ولقد اتخذ بعض النساء ذلك القانون وسيلة إلى إرهاق الأزواج وإعناتهم بسكوتهن عن المطالبة بالنفقة مدة طويلة ، ثم مطالبتهن بها دفعة واحدة مما قد يؤدي إلى الحكم على الزوج بالحبس ، فرأى القانون علاجا لهذا أن يمنع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى [١] .

ولما كانت هذه المدة قليلة الجدوى بل هي أيضًا كفيلة بإرهاق كثير من الأزواج جاء قانون الأحوال الشخصية الجديدة مقيدًا سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية لسنة واحدة نهايتها تاريخ رفع الدعوى [٢] .

هذا ولا يقصد بتقييد سماع دعوى النفقة بهذه المدة إسقاط حق الزوجة في النفقة ، أو حملها على تركه ، بل يراد به حملها على التعجيل بالمطالبة به منعًا للضرر عن الزوج [٣] .

---

(١) المادة (٩٩) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ م بلائحة المحاكم الشرعية ، وراجع الفرقة بين الزوجين ص ١٩٦ .

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م الخاص بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

(٣) انظر الزواج لعلي حسب الله ص ١٩٦ .

المبحث الثاني

في الشريعة المسيحية

يبدو لأول وهلة عند استقراء نصوص شرائع المسيحيين الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية عندهم أن هذه الشرائع لم تفصل القول في أحكام نفقة الزوجة بصفة عامة ، وهذا هو ما فطن إليه الباحثون ، حيث وضع الدكتور عبد الناصر العطار يده على ذلك عندما قال : « على الرغم من أهمية نفقة الزوجة إلا أنها لم تحظ بالاهتمام الواجب لها في شرائع المسيحيين بل تكاد تخلو شرائع بعض طوائفهم من نصوص تنظيم أحكامها »[1].

ومما يؤيد هذا الرأي - في نظري - موقف الشرائع المسيحية وبخاصة شرائع الأرثوذكس - لصلتهم الوثيقة ببحثنا - من مسألة نفقة زوجة الغائب ، حيث أغفلت طوائف الأرثوذكس الثلاثة : السريان والروم والأرمن أحكام هذه النفقة ، فلم يرد في نصوص شرائعهم أي نص بشأنها على حين أشارت طائفة الأقباط الأرثوذكس إلى هذه النفقة ، حيث نصت المادة (١٥٠) من لائحة الأحوال الشخصية لهم على أن « تفرض النفقة لزوجة الغائب من ماله إن كان له مال » .

ثم جاءت المادة (١٤٧) موضحة سقوط حق الزوجة في النفقة إذا أبت السفر إلى الجهة التي نقل إليها محل إقامته بدون سبب مقبول .

وبعد فهكذا كان موقف شرائع الأرثوذكس من نفقة زوجة الغائب ؛ إذ سكتت شرائع السريان والروم والأرمن عن هذه النفقة ، على حين أشارت إليها شريعة الأقباط .

ومن ثم نرى أن تطبق في هذه الحالة أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية ، كالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م ، وذلك فيما سكت عنه شرائع المصريين غير المسلمين من أحكام نفقة الزوجة باعتبارها الشريعة العامة، لمسائل الأسرة في مصر، خاصة وأن هذه الأحكام تتعلق بالمسائل المالية وليست

---

(١) أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ص ١٦٤ .

بالعقيدة، مما يشجع ذلك على ضرورة توحيدها بتشريعات موحدة بالنسبة لكافة المصريين[١].

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أنه عند تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بنفقة زوجة الغائب على الطوائف المسيحية يجب مراعاة أن يكون هذا التطبيق في حدود اعتبار النفقة الزوجية بين غير المسلمين مظهرًا من مظاهر الالتزام بالمعاونة والمساعدة بين الزوجين ، وهي الفكرة التي تسود أكثر من غيرها في شرائع غير المسلمين بالنسبة للالتزامات المالية ، وذلك أن الشريعة الإسلامية تلزم الزوج وحده بالإنفاق على زوجته باعتباره المسئول عن عيشها والقادر على الكسب بغير عوائق من حمل أو رضاعة أو حضانة أولاد ، على حين تلزم شرائع غير المسلمين الزوج بالإنفاق على زوجته من قبيل المعاونة والمساعدة على العيش المشترك ، ولذلك نجد بعض هذا الشرائع يلزم الزوجة بتقديم مبلغ من المال للزوج يسمى الدوطة ، بينما يلزم بعض آخر منها الزوجة بالإنفاق على زوجها بشروط معينة ، ووجهة نظر الشرائع غير الإسلامية في ذلك : أن الحياة الزوجية حياة مشتركة ينبغي أن يتعاون الزوجان فيها على مطالب الحياة ، ووجهة نظر الشريعة الإسلامية : أن في إلزام الزوج وحده بالإنفاق يتفق مع طبيعة الأمور ويساعد على استقرار الأسرة ، فلا يتطلع الزوج إلى مال زوجته مما تثور معه المنازعات بين وقت وآخر[٢] .

---

(١) أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ص ١٦٤ ، والنظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ص ٢٣٠ ومراجعه .

(٢) أحكام الأسرة عن المسيحيين ص ١٦٤ ـ ١٦٥ .

المبحث الثالث

في الشريعة اليهودية

نفقة زوجة الغائب :

لقد اهتمت الشريعة اليهودية بتنظيم أحكام النفقة الزوجية بصفة عامة ونفقة زوجة الغائب بصفة خاصة : إذ أوضحت أن للزوجة الحق في النفقة على نفسها من مال زوجها الغائب ، وليس له عليها إلا اليمين إذا نازعها ، وللسلطة الشرعية حجز أمواله وبيعها تنفيذًا لقضائها عليه بالنفقة [1] .

أما إذا كان مال زوجها في ذمة مدين أو تحت يد مودع أو مؤتمن ففي هذه الحالة يفرض لها أيضًا النفقة في هذا المال ، ويلزم المدين أو المودع أن يخرج مما عنده لنفقتها ، وإذا أفرغ ذمته للرجل بعد إنذار الزوجة إياه شرعا ضمن [2] .

بيد أن الإخراج مما في يد المدين أو المؤتمن يكون بقدر نفقة ستة أشهر فستة أشهر ، وهكذا تقبض منه الزوجة ما يكفيها شهرًا فشهرًا ، ويجوز إيداع البقية عند أمين [3] .

كذلك نصت هذه الشريعة على أنه يجوز لزوجة الغائب بيع أموال زوجها لكي تنفق على نفسها ، وهذا هو ما نصت عليه المادة (١١٥) بقولها : « إذا أنفقت الزوجة على نفسها في غياب الرجل ببيعها شيئًا من متاعة بحكم شرعي أو بلا حكم ، ثم هو ادعى عند حضوره أنه ترك لها ما يكفي للإنفاق ، وهي أنكرت ، صدقت بيمينها ، وإذا صبرت الزوجة حتى يعود زوجها وطالبته بما أنفقت وادعى أنه ترك لها نفقة صدق هو بيمينه .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد أوضحت هذه الشريعة أيضًا أن الزوجة إذا استدانت من أجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين [4] ، أما إذا تطوع أحد وأنفق

---

(١) انظر : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للمادة ١١٠ ص ٣٤ .

(٢) المصدر السابق ص ٣٠ المادة (١١١) .

(٣) المصدر السابق ص ٣٥ المادة (١١٢) .

(٤) المصدر السابق ص ٣٥ المادة (١١٣) .

على الزوجة فلا رجوع له على الزوج بغير إرادته ، وإنما إذا كان المنفق دائنًا لـه وجبت المقاصة [١] .

كذلك نصت هذه الشريعة على أنه لا نفقة للزوجة على زوجها قبل ثلاثـة أشهر من يوم الزواج إذا سافر ضرورة أنه لم يتركها خالية أو لم يترك بيتـه خـاويًـا ، فـإذا مضت الثلاثة شهور ولم تطلب الزوجة نفقة فلا تقـدر لهـا إلا من يوم الطلب ، وإذا كان السفر هجرًا وإيذاءً حق لها تقدير النفقة من وقت سفره [٢] .

هذا عن نفقة زوجة الغائب في شريعة الربـانيين . أمـا عن هـذه المسـألـة في شريعـة القرائين ، فقد ورد في نصوص شريعتهم أنه : « إذا طالبت الزوجة - بنفقة وحليّ أجيبت إلى الأول بالبيع من أثاثه ، ولا تجاب إلى الثاني ضرورة كونه غائبًا أو غير موجود معها ، ولكن إذا طرأ عليه عته أو فقـد النطق أجيبت ؛ لأنـه معهـا ، والكسوة والمسكن وسـائر ما يلزم الزوجة حكمه وحكم النفقة سواء » [٣] .

كذلك وضع الأستاذ مراد فرج يده على هذه المسألة حيث ذكر في كتـابـه « الأحكام الشرعية للقرائين » ما نصه :

المادة ١٩٢ : إذا كان الرجل غائبًا جاز للقاضي أن ينفق من ماله أو على حسابه فداء للمرأة [٤] .

---

(١) المصدر السابق ٣٥ المادة (١١٤) .

(٢) المصدر السابق ص ٣٤ المادة (١٠٩) .

(٣) شعار الخضر ص ١١٧ .

(٤) الأحكام الشرعية للقرائين لمراد فرج ص ٣٦ .

المبحث الرابع

نفقة امرأة الغائب في القانون

١ ـ القانون المصري :

لقد كان المذهب الحنفي هو المعمول به في نفقة زوجة الغائب حتى صدر القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في ١٢ يوليو فعدل عن هذا المذهب ونص على نفقة زوجة الغائب في مادته الخامسة ، وهاك نصها : « إذا كان الزوج غائبًا غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة . وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودًا ، وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي ، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة » .

هكذا تضمنت هذه المادة الأحكام الآتية .

ا ـ إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ورفعت أمرها للقضاء ، فإن كان لهذا الزوج مال ظاهر وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه .

ب ـ إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ، ولم يكن له مال ظاهر ، ورفعت المرأة أمرها طالبة التطليق عليه لعدم الإنفاق ففي هذه الحالة بعد أن يثبت لدى المحكمة غيبته وزوجيتها وتركها بغير نفقة وعدم وجود مال ظاهر له تضرب أجلا لهذا الغائب بحسب ما تراه ، وتنص على أنه إذا لم يرسل في تلك المدة لزوجته ما تنفق منه على نفسها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه ، أو لم يحضر للإنفاق عليها تطلق عليه وتقرر تكليف قلم الكتاب بإعلان الغائب بصورة من هذا القرار ، فإن مضى الأجل ولم يرسل لزوجته ما تنفق منه ، ولم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت .

---

(١) انظر : مرافعات الأحوال الشخصية لكمال صالح البنا ص ١٤٨ ـ ١٤٩ .

ج ـ إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة لعدم الإنفاق ففي هذه الحالة متى أثبتت المدعية الزوجية والغيبة وعدم وجود المال له تطلق عليه بدون ضرب الأجل والأعذار المبينين في الحالة الثانية .

د ـ إذا غاب الزوج ولم يُدْرَ مكانه ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة لعدم الإنفاق ففي هذه الحالة متى أثبتت المدعية الزوجية والغيبة وعدم وجود المال وعدم العلم بالمكان طلقت عليه في الحال بدون ضرب الأجل والاعذار المبينين من قبل .

هـ ـ إذا كان الزوج مفقودا ولم يترك نفقة ولم يكن له مال ظاهر فمتى أثبت المدعية الزوجية والفقد وعدم وجود المال طلقت المحكة عليه كما في الحالة الثالثة .

و ـ إذا كان الزوج مسجونا ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ورفعت زوجته الأمر للقضاء طالبة الفرقة لإعساره وأثبتت ذلك طلقت المحكة عليه . بعد ضرب الأجل والأعذار المبينين في الحالة الثانية .

ويعتبر الزوج غائبًا غيبة قريبة إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكة بضرب الأجل إليه في مده لا تتجاوز تسعة أيام ، ويعتبر غائبًا غيبة بعيدة من ليس كذلك (مذكرة تفسيرية)

هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير أن تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا في القانون المصري ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة ، فإذا لم يثبت يساره أو لم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة [١] .

٢ ـ تونس :

لقد نص التشريع التونسي على نفقة زوجة الغائب وذلك في المادة (٤٠) حيث قضت بأنه : « إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك النفقة ولم يقم آخر بالإنفاق عليها حال غيابه ، ضرب له الحاكم أجلاً مدة شهر عسى أن يظهر ، ثم طلق عليه

---

(١) المادة السادسة .

بعد ثبوت ما سلف وحلف للمرأة بما ظهر في تطبيق قاعدة الإعسار بالنفقة من إثر نشر إعلان ذلك بالجرائد ، ولا يحكم بالطلاق إلا بعد ثبوت الغيبة لمضي هذا الأجل » .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بأن : « هذا ابتكار حسن ، وقد جرى عليه العمل بالمحاكم وظهرت نتيجته في كثير من المحاكم خصوصًا أهل البادية الذين ينزحون عن أوطانهم لطلب القوت ، فتتقدم الزوجة بطلب تطليق نفسها للإعسار بالنفقة ، وبمجرد ما يظهر الإعلان في الجرائد اليومية يسرعون إلى إيقاف الحكم ويقدمون إثر طلبهم ، وتخفظ النازلة غالبًا ، على أن ما نص عليه الفصل هو عين الحكم المنصوص عليه في الكتب الفقهية الإسلامية »[١].

٣ ـ السودان :

نص المشرع السوداني على نفقة زوجة الغائب في المنشور الشرعي نمرة ١٧ ، وبينّ أنه إذا كان للزوج الغائب مال يمكن الحصول على نفقة زوجته منه نفذ الحكم بنفقتها المستحقة شرعًا لها فيه ، سواء كان نقدًا أو منقولا أو عقارًا ويجوز للزوجة إثبات مال زوجها الغائب إن كان دينًا أو وديعة عند أحد ، وإثبات عقاره أيضًا للحصول على نفقتها منه[٢].

هذا إذا كان للزوج الغائب مال يمكن الحصول على النفقة منه ، أما إذا لم يكن له مال فهذا يكون على النحو التالي :

أ ـ إذا تقدمت امرأة إلى القاضي وطلبت التطليق على زوجها الغائب معلوم الجهة الذي يمكن وصول الإعلانات إليه بسبب أنه معسر عن الإنفاق عليها ، فبعد إعلانه بالطرق والأوضاع المبينة في اللائحة النظامية إن أحضر أمام المحكمة يعامل بمقتضى الأحكام السابقة ، أما إذا لم يحضر فمتى أثبتت المرأة الزوجية وبقاءها واستمرارها في طاعته ، واستحقاقها للنفقة عليه ، وعدم إسقاطها عنه ، وعدم وجود ما تعدى فيه نفقتها ، تمهل القاضي مدة ثلاثين يومًا وأعلنه بها ، فإذا لم يعد في خلالها ، ولم يرسل إليها النفقة طلقها عليه بعد أن يحلفها اليمين على أنه لم يترك لها نفقة ولا وكيلاً بها ،

---

(١) انظر الأحوال الشخصية للدجوي ١ / ١٤٣ .

(٢) انظر: نظام الأحوال الشخصية المطبق في المحاكم الشرعية بالسودان ص ٨١ ـ ٨٢ للدكتور الصديق محمد الضرير .

ولا وصل إليها شيء من النفقة ، ولم يعد إليها سرًا ولا جهرًا ، ولا رضيت بالمقام معه بدون نفقة ، وأنها تستحق النفقة عليه ، ولا تعلم له مالاً تعدى فيه نفقتها ، ولا تعلم أن عصمة النكاح بينهما أنفصلت بوجه من الوجوه .

ب ـ إذا تقدمت امرأة إلى القاضي وطلبت التطليق على زوجها الغائب مجهول الجهة ، أو الذي لا يمكن الإعلانات إليه بسبب العسر عن النفقة ، كان على القاضي أن يبحث عنه بواسطة أقاريه ومعارفه وكل من يظهر للقاضي أن لهم رابطة به ، وبواسطة الكتابة إلى جهة مظان وجوده ، ومتى تحقق لديه غيبته على الصفة المذكورة أذنها في الدعوى ، فإذا أثبتتها على النحو المبين في المادة السابقة تمهل القاضي مدة لا تزيد عن الشهر حتى إذا انقضى الأجل ولم يعد الزوج ، ولم يرسل شيئًا حلفها على الوجه السالف وطلقها عليه .

جـ ـ إذا تطوع قريب الزوج الغائب أو أجنبي عنه بنفقة الزوجة فلا تجاب إلى طلب الطلاق للإعسار .

د ـ إذا عجزت المرأة عن إثبات غيبة زوجها لغربتها وعدم من يعرف زوجها ، فإن القاضي يحلفها اليمين المتقدمة ويطلقها عليه إن شاءت ، ويسمي القاضي في حكمه الزوج الذي ذكرت ، ويصفه أيضًا بما ذكرت ، فإن قدم وأنكر الزوجية لم يضر ، وإن أقرّ بها وقع عليه الطلاق .

هـ ـ الطلاق الذي يوقعه القاضي في هذه الحالة طلاق رجعي يملك الزوج معه مراجعة المرأة إذا عاد إليها في العدة موسرًا قادرًا على استدامة النفقة وكانت مدخولاً بها ، وطلاق بائن تملك به أمر نفسها إذا لم تكن مدخولا بها .

و ـ المطلقة لعدم النفقة إذا رجع زوجها وأثبت أنه كان أرسلها ووصلتها أو تركها عندها ، أو أسقطتها في المستقبل فلا تفوت عليه إلا إذا تزوج بها رجل ودخل بها .

٤ ـ القانون اللبناني :

نصت المادة ٩٧ من قانون حقوق العائلة على أنه : « لو ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب بذهابه لمحل بعيد مدة سفر أو أقرب أو فُقِدَ فالحاكم يقدر النفقة اعتبارًا

من يوم الطلب بعد إقامة البينة على الزوجية ، وتحليفه الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة ، وأنها الآن ليست ناشزة ، وليست مطلقة انقضت عدتها ، ويأذن للزوجة لدي الحاجة بالاستدانه باسم الزوج » .

هذا وقد نصت المادة ٩٨ على أن : « الزوجة المعسرة إذا كانت مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم ينظر من تلزمه نفقتها إذا كانت ليست بنات زوج فيلزم بإقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط ، أما إذا استدانت الزوجة من أجنبي ، فالدائن مخير إن شاء طلب من الزوجة وإن شاء من الزوج » .

هذ وقد ذكر شراح القانون أن الملاحظ في المادة ٩٧ : أن القاضي يفرض النفقة للزوجة إذا طلبت بعد أن تقوم لديه البينة ، وبعد أن تحلف الزوجة يمين الاستيثاق المذكور في هذه المادة ، والإثبات بالبينة هنا كالإثبات بالبينة الوارد في المادة ٩٩ ، حيث نصت المادة على : «أنه إذا كان للزوج الغائب مال بيد الغير أو بذمته ، وأقر المستودع أو المدين بالمال الذي بيده أو بذمته وبالزوجية ، أو أنكر ذلك وأثبتته الزوجة بالبينة ، فبعد أن يحلف الحاكمُ الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزة أو مطلقة مضت عدتها ، يقدر النفقة للزوجة من ذلك المال أو من ثمنه اعتبارًا من يوم الطلب » .

والذي يلاحظ علي هذا النص أن المدين أو المودع لديه إن أقر بالمال وبالزوجية ، فإن القاضي يقدر النفقة للزوجة من هذا المال أو من ثمنه ، وهو يفعل ذلك أيضًا إذا أنكر المدين أو المودع لديه المال أو الزوجية أو هما معًا وأثبتته الزوجة بالبينة ، وفي الحالتين يجب تحليف الزوجة على ما هو مبين في المادة .

فالشارع اللبناني لم يفرق بين حالة الإقرار وحالة الإنكار وجعل للزوجة الإثبات بالبينة ، والقاضي يفرض النفقة بعد هذا الإثبات ، وهذا يتفق مع مذهب زفر خلافًا لأبي حنيفة والصاحبين ، فهم على عدم جواز الإثبات هنا بالبينة مادام هناك إنكار ؛ لأنه قضاء على خصم غائب وهو لا يجوز ، كما أن الشارع أيضًا لم يفرق بين كون المال الذي لدى الوديع أو في ذمة المدين من جنس النفقة ، أو من غير جنسها ، فجعل الحكم واحدًا ، وهذا بالنسبة للمال الذي ليس من جنس النفقة مخالف لمذهب الحنفية الذي يقول بعدم إمكان بيع المال هنا جبرًا لسداد النفقة .

كما يلاحظ أيضًا أن هذا النص لم يذكر جواز الاستيثاق بأخذ الكفيل أو وجوب ذلك كما ذهب إليه بعض الفقهاء [١] .

٥ ـ القانون السوري :

لقد نص التشريع السوري على نفقة زوجة الغائب ، حيث قضت المادة (١١٠) من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ م على أن الزوج إذا كان غائبًا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما [٢] .

٦ ـ القانون العراقي :

أجاز المشرع العراقي للزوجة طلب التفريق إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة [٣] .

---

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهًا وقضاءً (الزواج) ص ٢٥١ ـ ٢٥٣ د . عبد العزيز عامر .

(٢) انظر : الأحوال الشخصية للدجوي ٢١٣ ، وموسوعة الأحوال الشخصية ١ / ٢٤١ .

(٣) المصدر السابق ٢١٣ ، والموسوعة ١ / ٢٤١ .

الفصل الرابع
عودة الغائب بعد الحكم بموته وزواج امرأته

لم تعن الشريعتان اليهودية والمسيحية بموضوع عودة الزوج الغائب بعد الحكم بموته وزواج امرأته ، ولذا فإن من يتأمل نصوص هاتين الشريعتين يجد ثمة قصورًا فيهما بالنسبة لهذه المسألة . وكذلك فإننا سنكتفي في هذا الفصل ببيان هذه المسألة من خلال نصوص الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

في الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على أنه إذا عاد الزوج الغائب ، فإن امرأته له ما لم تتزوج بآخر ؛ إذ يستطيع أن يبدأ معها مرة أخرى حياته الزوجية بالعقد الأول دون الحاجة إلى عقد جديد.

بيد أنهم اختلفوا فيما لو تزوجت هذه الزوجة بزوج آخر ثم عاد زوجها الغائب حيث ذهب مالك في رأيه الأول أن هذه الزوجة زوجة للثاني سواء دخل بها أو لم يدخل ، وفي هذا يقول : « فإن جاء زوجها قبل أن تتزوج فهي امرأته كما كانت ، وإن جاء وقد تزوجت فلا سبيل له إليها ، دخل الثاني بها أم لم يدخل » [١] .

غير أن مالكًا رجع عن رأيه هذا ، حيث ذهب في رأيه الأخير - قاله قبل وفاته بعام - إلى أنها امرأة الأول ما لم يدخل بها الثاني [٢] .

هذا عن رأي مالك ، وفي رأي الأحناف [٣] والشافعي في الجديد [٤] أن هذه الزوجة امرأة للمفقود سواء قبل الدخول أو بعد الدخول ، وهذا القول هو ما ذهب إليه بعض فقهاء السلف الصالح رضي الله عنهم ، حيث يقول علي : « هي امرأة الأول دخل بها الآخر أو لم يدخل » [٥] ، كما يقول الشعبي : « إن جاء الأول فهي امرأته ولا خيار » [٦] ، كذلك يقول الليث : « إن جاء زوجها المفقود ووجدها تزوجت فهو

---

(١) الموطأ ص ٤٧٧ ، والمنتقى ٤ / ٩٣ ، والمحلى ١٠ / ١٣٩ .

(٢) المنتقى ٤ / ٩٣ ، والمدونة الكبرى ٤ / ٤٤٩ ، والمحلى ١٠ / ١٣٩ .

(٣) المبسوط ١١ / ٣٧ والأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص ٥٠١ .

(٤) روضة الطالبين ٨ / ٤٠٢ .

(٥) السنن الكبرى ٧ / ٤٤٤ ، والمحلى ١٠ / ١٣٨ .

(٦) المحلى ١٠ / ١٣٨ .

أولى بها وترد إليه »[1] ، وقد أخذ بهذا القول أيضًا النخعي والحكم بن عتيبة وغيرهما [2] .

وفي مذهب أحمد [3] أن الغائب يخير في هذه الحالة بين عودة زوجته فتكون زوجة له بالعقد الأول ، وبين أخذ الصداق وتركها لتكون زوجة للثاني ، وهذا هو قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك وإسحاق [4] .

فإذا ما اختار المفقود زوجته فرق الحاكم بينها وبين الزوج الثاني وترد إليه بالعقد الأول كما لو لم تتزوج ، ولكن يجب عليه أن يعتزلها حتى تنتهي عدتها من زوجها الثاني بأن تحيض ثلاث حيضات ، أو تضع حملها إن كانت حاملاً ، أو تتربص ثلاثة أشهر إن كانت قد يئست من الحيض .

ولكن : هل تحتاج هذه الزوجة قبل عودتها إلى زوجها الغائب إلى طلاق من زوجها الثاني ؟

ذهب أحمد إلى أنها لا تحتاج إلى طلاق الثاني ؛ لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن ، على حين ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنها تحتاج إلى هذا الطلاق ؛ لأن هذا نكاح مختلف في صحته ، فكان مأمورًا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الأنكحة الفاسدة [5] .

هذا ومما هو جدير بالذكر أن اختيار الغائب لزوجته حدث في عهد سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث تقدم الزوج الغائب وخيّره عمر بين امرأته والصداق ، فاختار امرأته ، ففرّق عمر بينهما وردها إليه [6] .

هذا فيما إذا اختار الغائب زوجته ، أما إذا اختار الصداق ، فمن الذي يدفعه إذن ؟

---

(١) المصدر السابق ١٠ / ١٣٩ .
(٢) السنن الكبرى ٧ / ٤٤٤ .
(٣) المغني ٩ / ١٣٧ وما بعدها .
(٤) المغني ٩ / ١٣٦ .
(٥) المصدر السابق ٩ / ١٣٧ .
(٦) المحلى ١٠ / ١٣٤ .

ذهب جمهور الفقهاء من السلف الصالح إلى أن الزوج الثاني هو الذي يدفع هذا الصداق ، على حين ذهب الزهري وعطاء بن أبي رباح أن المرأة هي التي تدفع هذا الصداق من مالها [1] .

والأقرب إلى الصواب ـ في رأيي ـ أن يدفع الزوج الثاني الصداق وليست المرأة ، وذلك : « لقضاء الصحابة بذلك ، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها » [2] .

ولكن يا ترى : ما المقصود بهذا الصداق ؟ هل المراد به صداق الزوج الأول أم الثاني ؟ .

لقد ذهب فقهاء السلف الصالح إلى أن المراد به صداق الزوج الأول ، حيث رُوي هذا عن أبي بكر والحسن والزهري وقتادة وعلي بن المديني [3] ، كما قال به عمر وعثمان ، إذ روى سعيد بن المسيب أنهما قالا : إن جاء زوجها الأول خُيِّر بين المرأة والصداق الذي ساقه هو » [4] .

وفي الجانب المقابل ذهب الخلاس بن عمرو [5] وأحمد في رواية عنه [6] إلى أن المراد به صداق الزوج الثاني .

هذا ومما هو جدير بالذكر أن اختيار الغائب للصداق حدث في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، حيث خير المفقود بين زوجته والصداق ، فاختار الصداق [7] .

هذا فيما يتصل بتخيير الزوج الغائب بين زوجته والصداق . بيد أن الذي نود أن

---

(١) المحلى ١٠ / ١٤٠ ، والمصنف ٧ / ٨٩ ـ ٩٠ .

(٢) المغني ٩ / ١٣٧ .

(٣) المغني ٩ / ١٣٧ .

(٤) المصدر السابق ٩ / ١٣٦ ـ ١٣٧ .

(٥) المحلى ١٠ / ١٤٠ ـ ١٤١ .

(٦) المغني ٩ / ١٣٨ .

(٧) المحلى ١٠ / ١٣٤ .

نشير إليه هنا أن ثمة رواية صحيحة ـ كما يقول ابن حزم الظاهري [١] ـ عن عمر بن الخطاب ، خيَّر فيها عمر الغائب بين زوجته أو تزويجه زوجة غيرها ، حيث يروي لنا ابن حزم ما نصه : « فقدت امرأة زوجها فمكثت أربع سنين ، ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه ، فإن جاء زوجها وإلا تزوجت ، فتزوجت بعد أن مضت السنوات الأربع ولم تسمع له بذكر ، ثم جاء زوجها فأخبر بالخبر فأتى إلى عمر ، فقال له عمر : إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال : بل زوجني غيرها » [٢] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ففي الجانب المقابل يرى الإمامية أنه لا سبيل للزوج الغائب إلى زوجته إذا عاد بعد انقضاء مدة التربص والعدة ، وفي هذا يقول صاحب (العروة الوثقى) ما نصه : « فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها ، فليس له عليها رجعة ، وإن قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشرا فهو أملك برجعتها » [٣] .

تلك أهم الآراء التي أثرت عن الفقهاء فيما يتعلق بعودة الغائب بعد الحكم بموته وزواج امرأته . بيد أن الذي نريد أن ننبه عليه هنا أن في الفقه الإسلامي قولاً ضعيفًا في هذه المسألة ، مفاده أنه إذا انقضت مدة التربص التي يضربها الحاكم لزوجة المفقود فليست امرأته ولو عاد قبل أن تتزوج بغيره [٤] .

ولله دره ابن قدامة إذ وضع يده على هذا الرأي ونسبه إلى بعض أصحاب الشافعي ، ثم رده بقوله : « إنما أبحنا لها التزويج ؛ لأن الظاهر موته ، فإذا بان حيًّا انخرم ذلك الظاهر ، وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حيًّا » [٥] .

---

(١) المصدر السابق ١٠ / ١٤٠ .

(٢) المصدر السابق ١٠ / ١٣٤ .

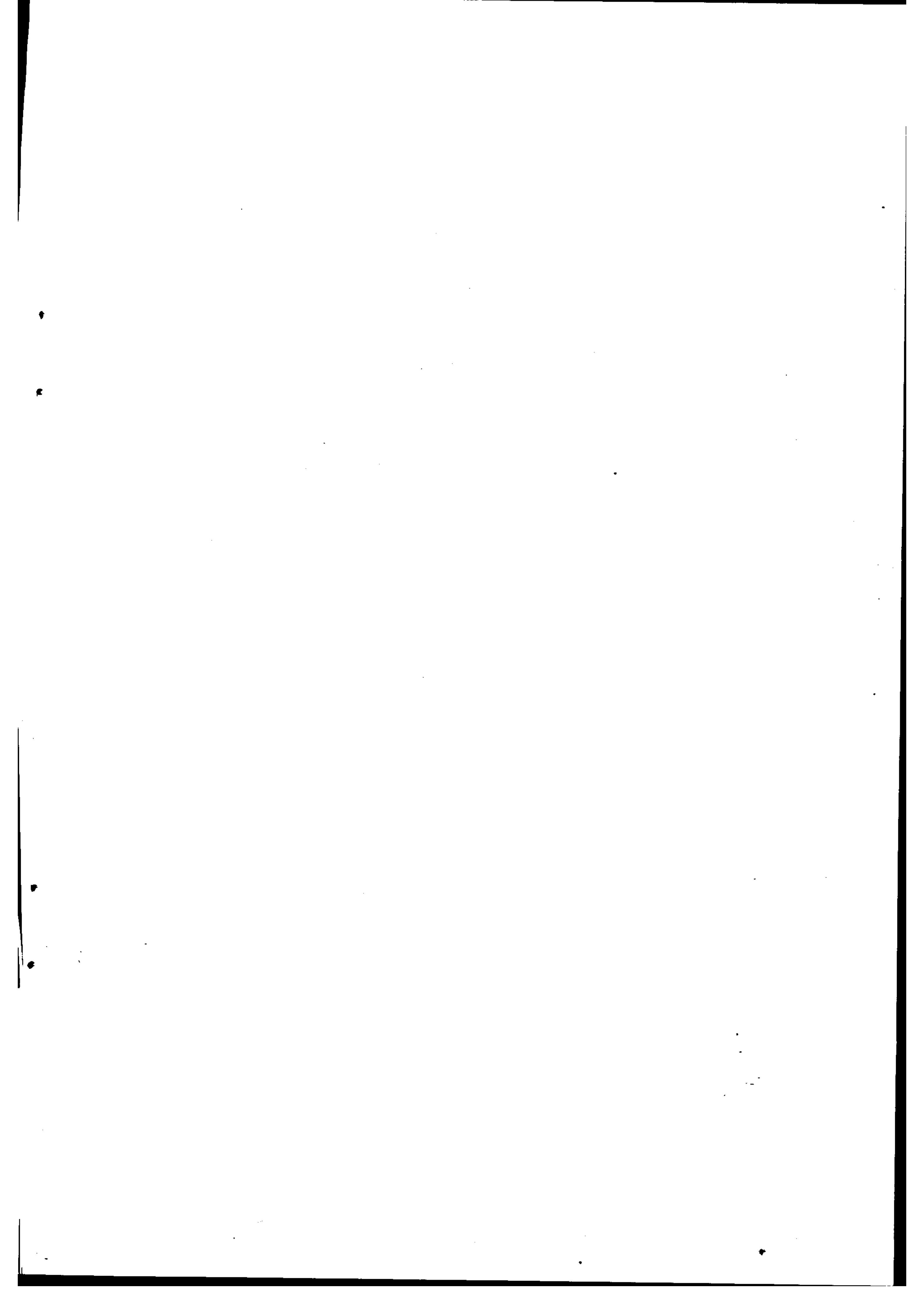
(٣) العروة الوثقى ٢ / ٦٨ .

(٤) المغني ٩ / ١٣٦ .

(٥) المصدر السابق ٩ / ١٣٦ .

الفُرقة بين الزوجين

بسبب العيوب والأمراض



المقدمة

مما لا شك فيه أن من يستقرىء أمهات المصادر الفقهية للشرائع السماوية وغير السماوية يجد اختلافاً واضحاً بين هذه الشرائع فى نظام الفرقة بين الزوجين .

فإذا كانت الشريعة الإسلامية أعطت الرجل حق الطلاق بإرادته المنفردة كما تدل على ذلك نصوص القرآن والسنة ، فإنها فى الجانب المقابل أعطت الزوجة - إنصافاً وعدلاً - حق طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا ما أصبحت الحياة الزوجية متعسرة بسبب زوجها ، كمرضه أو عيبه أو غيبته ، أو عسرته بالنفقة ، أو سوء عشرته أو غير ذلك مما نص عليه الفقهاء فى مظانه من كتب الفقه والفروع .

أما الشريعة المسيحية فإنها تقوم على مبدأ أبدية الزواج فليس للزوج عندهم أن يطلق امرأته ، وليس للمرأة أن تفارق زوجها استناداً إلى قول المسيح « فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان » .

بيد أن ثمة تفاوتاً بين الطوائف المسيحية فى الأخذ بهذا المبدأ ، فلقد خففت منه طائفة الأرثوذكس ، فجوزوا انحلال الزواج فى كثير من الحالات .

أقول على حين توسع الأرثوذكس فى أسباب الفرقة بين الزوجين ، يتشدد الكاثوليك فى هذه المسألة فهم يؤمنون بمبدأ أبدية الزواج ويطبقونه تطبيقاً حرفيا ، فلا انحلال للزواج عندهم إلا بالموت .

وبين هذا وذاك سلك البروتستانت مسلكاً وسطاً ، فجوزوا التطليق لسببين وهما : الزنا والخروج عن الدين المسيحى .

هذا عن موقف الشريعة المسيحية من انحلال الزواج ، أما الشريعة اليهودية فكانت أكثر مرونة منها فى هذا الموضوع ، مع تفاوت بين طائفتيها القرائين والربانيين فى هذا الصدد ، فعلى حين تجوّز شريعة الربانيين الطلاق لأى سبب مهما كان تافهاً ، فإن شريعة القرائين تتشدد فى هذه الأسباب .

خلاصة القول ، إن الشريعة الإسلامية كانت أفضل من الشريعتين المسيحية واليهودية فى نظام الفرقة بين الزوجين ، حيث توسعت هذه الشريعة دون غيرها من الشرائع الأخرى فى ذكر الأسباب المسوغة لهذه الفرقة سواء بالطلاق أو بالفسخ ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على موضوعية هذه الشريعة ومثاليتها ؛ فما حداها إلى هذا التوسع إلا حرصها على المصلحة ودرء الضرر ورفع الحرج والضيق عن الناس .

والدليل على ذلك أنه قد يعترى أحد الزوجين من أسباب النفرة الطارئة ودواعى الفرقة التى لا يؤمن وقوعها بين بنى الإنسان ما يصرفه عن صاحبه ، أو يحول بينهما وبين التمتع بمزايا الحياة السعيدة ، فيحل الجفاء والخصام محل الصفاء والوئام ، وربما اتسعت هوة الخلاف والشقاق بينهما ، فأصبحت حياتهما جحيماً لا يطاق ، وجرحاً لا يندمل إلا بالفراق ، والشريعة الصالحة العادلة لابد أن تجعل للناس مخرجاً من كل ضيق ، وتيسر لهم أسباب الخلاص من العناء وتفتح لأمثال هؤلاء باب استئناف حياة زوجية أقرب إلى الدعة والاستقرار ، وأدعى إلى السعادة فى أمن واطمئنان . فمشروعية افتراق الزوجين عند فساد العلاقة بينهما أمر تدعو إليه الفطرة أيضاً وتقتضيه المصلحة كاستثناء من الأصل العام قد تدعو إليه ضرورة الحياة لأنه – فى الواقع هدم لبيت يريد أن ينقض ليقام مقامه بيت جديد على دعائم قوية ثابتة[1] .

---

(١) الفرقة بين الزوجين ص ٤ .

« وإذا كان وقوع النفرة واستحكام الشقاق والعداء فى الحالين - حال إباحة الطلاق وحال منعه - ليس بعيد الوقوع فأيهما خير ؟ أربط الزوجين بحبل متين لتأكل الضغينة قلوبهما ، ويكيد كل منهما للآخر ؟ أم حل ما بينهما من رباط وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعائم قويمة ؟ أو ليس استبدال زوج بآخر خيراً من ضم خليلة إلى امرأة مهملة ، أو عشيق إلى زوج بغيض ؟ »[١] .

نعم ، إن موقف شريعتنا الإسلامية الغراء من تيسير طرق الفرقة بين الزوجين عند الحضارة لدليل على موضوعيتها وإنصافها ومثاليتها .

بيد أن هذا الإنصاف ، وتلك المثالية والموضوعية التى تميزت بها هذه الشريعة تظهر بوضوح فى نظرى من خلال عقد دراسات مقارنة بينها وبين غيرها من الشرائع الأخرى - سماوية كانت أو وضعية ، لأنه بالمقارنة تتميز الشرائع وتبرز السمات والخصائص .

على ضوء هذا قمت ببعض الدراسات المقارنة فى باب الفرقة بين الزوجين ، وذلك بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الأخرى - سماوية كانت أو وضعية - فجاءت دراستى الأولى فى ميدان الدراسات المقارنة عن « زوجة الغائب : بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية » حيث عالجت فى هذه الدراسة موقف الشرائع المختلفة من الفرقة بسبب غيبة الزوج ، سواء كانت هذه الغيبة منقطعة - الفقد - أو غير منقطعة ، وما يترتب على هذه الفرقة من آثار مالية وغير مالية .

وهأنذا اليوم أقدم ثانية دراساتى فى ميدان الدراسات المقارنة فى موضوع « الفرقة بين الزوجين » ، وموضوعها « الفرقة بين الزوجين بسبب

---

(١) نفسه ص ٩ .

العيوب والأمراض » .

هذا ولقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تأتى فى فصول عالج الأول منها موقف الشريعة الإسلامية ، من هذه المسألة سواء المذاهب الفقهية الثمانية المعروفة وهى (الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى والظاهرى والزيدى والجعفرى والأباضى) أو غير ذلك من المذاهب المندرسة كمذاهب الأوزاعى والثورى وغيرهما .

هذا ولقد قصدت الوقوف على مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة وذلك لكى أوضح للقارىء سعة آفاق الفقه الإسلامى ورحابة صدره لشتى الاجتهادات وتعدد المشارع والمنازع ، فضلاً عن أن دراسة هذه المذاهب لازمة لتخفيف العصبية المذهبية التى تحول بين أصحابها وبين مجرد النظر فى المذاهب الأخرى إلا فى بعض المسائل لمحض الرد عليها[1] .

ثم جاء الفصل الثانى موضحاً موقف الشريعة اليهودية سواء طائفة القرائين أو الربانيين من انحلال الزواج بسبب العيب أو المرض ، وما يترتب على ذلك فى شريعتهم .

وفى الفصل الثالث أوضحت منهج الشريعة المسيحية من هذه المسألة ، وبخاصة طوائف الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف الأخرى ، لأنهم وحدهم الذين يجوزون الفرقة بين الزوجين - مع تفاوت بينهم - بسبب العيوب أو الأمراض .

أما الفصل الرابع فجاء حديثه عن موقف بعض شرائع الأمم القديمة من هذه الفرقة ، ثم جاء الفصل الخامس عند رؤية القوانين الوضعية - عربية كانت أو أجنبية - من هذه الفرقة .

---

(١) للوقوف على أهمية الدراسة للمذاهب راجع : الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٣٢ .

هذا ولقد قصدت بيان موقف القوانين الوضعية من هذه المسألة ، حتى نقارن بينها وبين المذاهب الفقهية ، وعند ذلك نزداد معرفة ويقيناً بأصالة الفقه الإسلامى وتميزه واستقلاله عن أى فقه آخر خلافاً لما أثاره بعض المستشرقين من قبل من تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى ، فضلاً عن أن المقارنة بين الفقه والقانون تزيد المسلم إيماناً بخصوبة الفقه الإسلامى وسعته ، وقدرته على مسايرة التطور ومواجهة كل جديد بعلاج يناسبه ، ووقوفه أمام أحدث القوانين وأرقاها على قدم المساواة ، بل تفوقه عليها فى كثير من الأحيان فى الصنعة والصياغة ، فضلاً عن المضمون والموضوع[1] .

ثم يأتى الفصل السادس والأخير عن : الصيغ والأحكام المتعلقة بهذه الفرقة ، وفى هذا الفصل أثبت الصيغ القانونية لدعوى الطلاق بسبب العيب أو المرض ، كما رصدت فى هذا الفصل أيضاً بعض أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بهذا النوع من فرق النكاح .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أننى صدَّرت هذه الدراسة بمدخل كان لازماً لموضوعها ، وهو ثبت للعيوب والأمراض التى جوَّز الفقهاء - مع تفاوت بينهم - بسببها الفرقة بين الزوجين .

وعلى الله قصد السبيل

المنيا فى ٥ / ٣ / ١٩٩٠ م المؤلف

---

(١) للوقوف على أهمية المقارنة بين الفقه والقانون راجع الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٣٧ - ٣٨ .

ثبت بالعيوب والأمراض المسوغة للفرقة بين الزوجين

أولاً : عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة ، وهى :

١ - الجنون : هو ذهاب العقل ، وهو إما مطبق ، أى لا يفيق منه الإنسان ، وإما منقطع : أى يفيق منه صاحبه فى بعض الأحيان[1] .

٢ - الجذام : هو داء يتآكل منه اللحم ويتساقط[2] .

٣ - البرص : هو بياض فى البدن ، ويشبهه فى لونه البهق ولكن لا خيار فيه - أى فى البهق ، والفرق بينهما أن النابت على الأبيض شعر أبيض ، وعلى البهق أشقر وإذا نخس البرص بإبرة خرج منه ماء ، ومن البهق دم وعلامة البرص الأسود التفليس[3] والتقشير بخلاف الآخر[4] .

٤ - العذيطة : يقال للرجل : عذيوط ، بكسر العين وإسكان الذال المعجمة وفتح الياء ، وإسكان الواو ، ويقال للمرأة : عذيوطة ، وهو الذى يتغوط عند الجماع[5] .

---

(١) المغنى ٧ / ٥٨١ .

(٢) الخرشى ٣ / ٢٣٦ .

(٣) التفليس : أى يكون قشره مدوراً يشبه الفلوس . الخرشى ٣ / ٢٣٦ .

(٤) الخرشى ٣ / ٢٣٦ .

(٥) نفسه ٣ / ٢٣٦ .

ثانياً : عيوب خاصة بالرجل

٥ - العنة : وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، من عنّ : إذا حبس فى العنة ، وهى حظيرة الإبل ، أو من عن : إذا عرض ؛ لأن ذكره يعن يميناً وشمالاً ولا يقصده لاسترخائه ، وجمع العنين : عَنن ويقال : عنين : بيّن التعنن ، ولا يقالَ : بيّن العنة ، ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة ، أو إلى بعض النساء دون بعض ، أو لسحر أو لكبر فهو عنين بالنسبة إلى من يصل إليها لفوات المقصود فى حقها ، وتعرف العنة بأنه يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به ، وإلا علم أنه عنين[1] .

٦ - الجب : وهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً ، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن وإن اختلفا فى ذلك فالقول قول المرأة ، لأنه يضعف بالقطع ، والأصل عدم الوطء ، ويحتمل أن القول له كما لو ادعى الوطء فى العنة ؛ ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه بمن له ذكر قصير[2] .

٧ - الخصاء : هو الذى قطعت خصيتاه ، أو رضت ويسمى حينئذ : الموجور ، أو سلت ، ويسمى حينئذ المسلول ، والحكم فى الجميع واحد ، لأنه لا ينزل ولا يولد له[3] .

وهذا ولقد ذكر صاحب « فتح القدير » ما نصه « قال لى بعض أهل

---

(١) فتح القدير ٤ / ٢٢٩٧ وحاشية ابن عابدين ٢ / ٩٧٥ - ٩٧٦ . والمغنى ٧ / ٦٠٢ - ٦٠٣ .

(٢) المغنى ٧ / ٥٨١ - ٥٨٢ .

(٣) المغنى ٧ / ٦٠٦ .

الماشية : إنه تمرس الخصيتين وهو صغير مرساً شديداً ثم يحبسان إلى فوق إلى أن يرتفعاً إلى ظهره فلا يعودان ، ويكون نشيطاً كثير الجماع إلا أنه لا يحبل »[١] .

٨ - **الاعتراض** : هو الذى له آلة كآلة الرجال ولكن لا ينتشر[٢] .

٩ - **الخنوثة** : هو الذى فى قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ، قال تعالى «وأنه خلق الذكر والأنثى» (:) وقال تعالى « وبث فيهما رجالاً كثيراً ونساء » (:) ، فليس ثم خلق ثالث ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل ، فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأه له أحكامهن ، وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ففيه خلاف[٣] .

---

(١) فتح القدير ٤ / ٣٠٢ .

(٢) الخرشي ٣ / ٢٣٧ .

(٣) المغنى ٧ / ٦١٩ - ٦٢٠ .

ثالثاً : عيوب خاصة بالمرأة

١٠ - القرن : هو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظماً فيعسر علاجه ، وأخرى يكون لحماً وهو الغالب فلا يعسر علاجه[١] .

١١ - الرتق : بفتح أوله وثانيه ، هو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع ، إلا أنه إذا انسد بعظم لا يمكن معالجته ، أما إذا كان مسدوداً بلحم فيمكن علاجه[٢] .

١٢ - البخر : هو نتن الفرج[٣] .

١٣ - العفل : بفتح العين والفاء : لحم يبرز في فرج المرأة يشبه إدرة الرجال ، ولا تسلم غالباً من رشح ، وقيل : هو رغوة في الفرج تحدث عند الجماع[٤] .

١٤ - الإفضاء : هو عبارة عن اختلاط مسلكي الذكر والبول حتى يصيرا مسلكاً واحداً ، وقال الباطي : هو زوال الحاجز بين مسلك ومخرج الغائط[٥] .

١٥ - الفتق : انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني ، وقيل : ما بين القبل والدبر[٦] .

---

(١) الخرشي ٣ / ٢٣٧ . والمغني ٧ / ٥٨٠ .

(٢) الخرشي ٣ / ٢٣٧ والمغني ٧ / ٥٨٠ .

(٣) نفسه ٣ / ٢٣٧ .

(٤) نفسه ٣ / ٢٣٧ .

(٥) الخرشي ٣ / ٢٣٧ .

(٦) المغني ٧ / ٥٨١ .

الفصل الأول

فى الشريعة الإسلامية

أ ـ آراء الفقهاء فى التفريق بسبب العيوب والأمراض :

للفقهاء رأيان فى هذه المسألة ، هما :

الاول : لا يجوز لكل من الزوجين طلب التفريق بسبب أى مرض أو عيب يجده فى صاحبه مطلقاً . سواء كان عيباً تناسلياً أو جلديا أو عقليا أو غير ذلك . فى الرجل كان أو فى المرأة قديما كان أو حديثا إلى غير ذلك مما يتعلق به .

وهذا هو رأى الظاهرية ، وفى هذا يقول ابن حزم الظاهرى (ت :) : « لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ، ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ، ولا بأن تجده هى كذلك ، ولا بعنانة ولابداء فرج ولا بشيء من العيوب »[1] .

كما يقول فى موضع آخر : « ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة أو مراراً ، أو لم يطأها قط ، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلا ، ولا أن يؤجل له أجلاً وهى امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك »[2] .

غير أنه مما تجدر الإشارة اليه أن ابن حزم ذكر أنه لو اشترط الزوج فى العقد سلامتها من العيوب ثم وجد بها عيبا ، يكون العقد مفسوخاً مردوداً لا خيار له فى إجارته ولا صداق فيه ولا ميراث ، ولا نفقة دخل بها أو لم يدخل ، لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوج ، ولأن السالمة من العيوب غير المعيبة .

---

(١) المحلى ١٠٩/١٠ .
(٢) نفسه ٥٨/١٠ .

فإذا ما رغبا فى الزواج مع العيب فإن ذلك يكون بعقد جديد لا تشترط فيه السلامة[١].

رأى الشوكاني : كذلك انتصر الشوكاني (ت : ١٢٥٥ هـ) لرأى ابن حزم الظاهري ، حيث عقد في كتابه « نيل الاوطار » بابا في « رد المنكوحة بالعيب » ذكر فيه اختلاف الفقهاء فى تعيين العيوب التى يفسخ بها النكاح ، ثم عقب على هذا قائلا : « ومن أنعم النظر لم يجد فى الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء »[٢].

رأى صديق خان : كذلك سلك هذا المسلك محمد بن صديق بن حسن خان الهندى (ت : ١٣٠٧ هـ) حيث قال فى الروضة الندية : « اعلم أن الذى ثبت بالضرورة الدينية أن عقد النكاح لازم تثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها وثبوت الميراث وسائر الأحكام . وثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق والموت . فمن زعم أنه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب فعليه الدليل الصحيح المقتضى للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية وما ذكروه من العيوب لم يأت فى الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها »[٣]. هذا ولعله من المفيد هنا أن نشير إلى أن ما ذهب اليه ابن حزم وموافقوه بعدم جواز الفرقة بسبب العيب هو قول من يعتد بأقوالهم من السلف الصالح كعطاء والنخعى وعمر بن عبد العزيز وأبى زياد وأبي قلابة وابن أبى ليلى والاوزاعي والثورى والخطابى[٤] وابن مسعود ، وهو مذهب داود الظاهرى أيضا[٥].

---

(١) المحلى ١٠ : ١١٥ .

(٢) نيل الأوطار ٦ / ١٤٧ والسيل الجرار ٢ : ٢٨٩ وما بعدها .

(٣) الروضة الندية ٢ / ٣٢ .

(٤) شرح فتح القدير ٤ : ٣٠٤ .

(٥) سبل السلام ٣ : ١٣٦ .

فمن هذه الآثار المروية عنه في هذا الصدد[1] .

أ - قال على : « لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة : الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج ، فإن دخل بها كانت امرأته ولها المهر بما استحل من فرجها ، وهو إن شاء أمسكها ، وإن شاء طلقها » .

ب - قال : « يرد من القرن والجذام والجنون والبرص ، فإن دخل بها فعليه المهر ، إن شاء طلقها وإن شاء لم يطلقها ، وإن لم يدخل بها فرق بينهما .

جـ - تزوج رجل امرأة فوجدته خصياً وهى لا تعلم ، ففرق على بينهما .

د - تزوجت امرأة رجلا فوجدته عذيوطا فكرهته ففرق على بينهما .

هـ - قال على : يؤجل العنين سنة فإن أصابها ، وإلا فهى أحق بنفسها .

و - قال على في رجل تزوج امرأة بها جذام أو جنون أو برص : إن لم يدخل بها فرق بينهما ، وإن كان دخل بها فهى امرأته إن شاء طلقها وإن شاء أمسك .

٣ - كذلك جوّز ذلك الشعبى حيث قال في الرجل الذى يجد امرأته برصاء أو مجنونة أو مجذومة أو ذات قرن إن دخل بها فلها مهرها وإن علم قبل الدخول إن شاء أمسك وإن شاء فارق بغير طلاق[2] .

الرأى الراجح : وبعد أن وقفنا فيما سبق على موقف الفقهاء من التفريق بسبب العيب أو المرض ، فإننا نستطيع أن نقرر ونحن مطمئنون إلى أن الذى تميل إليه النفس هو رأى الجمهور القائل بجواز التفريق وهذا راجع للأسباب الآتية :

أولا : قال صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وإجبار الزوجة للبقاء في حياة زوجية لا يمكن المقام معها إلا بضرر ظلم فادح لها ، ولذا فقد

---

(١) أنظر : موسوعة فقه على بن أبى طالب ص ٤٥٤ - ٢٥٦ ومصادرها .

(٢) المحلى ١٠ / ١١٠ .

وجب على القاضى - إذا طلبت الزوجة ذلك - أن يفرق بينها وبين زوجها دفعا لهذا الضرر ، ورفعاً لهذا الظلم الواقع عليها .

ثانياً : يقول تعالى « فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان » والإمساك بالمعروف غير متحقق هنا ، لأن فى إمساك الزوجة - على الرغم مما فى الزوج من عيوب لا يستطاع عشرته معها ، أوفيها تفويت لمقاصد النكاح إجحافا لحق المرأة وضرراً لها ، ومن ثم فقد وجب التسريح باحسان كما أمرنا الله .

ثالثاً : إن إعطاء الزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب عيوب زوجها يتمشى مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية المقررة وهو أصل « سد الذرائع » حيث قد يؤدى اجبار الزوجة على المعيشة مع زوجها دون قضاء الوطر الجنسى إلى انخراطها فى طريق الرذيلة وارتكابها للفاحشة ، وذلك عن طريق بيع عرضها فى سوق المهانة ، ومن ثم فإن تسريحها بإحسان يعطى لها الفرصة لتلبية رغباتها عن طريق شرعى ، وبذلك نأخذ بيدها إلى ساحة الطهر وطريق الاستقامة وبهذا تحفظ الأنساب وتصان الأعراض .

رابعاً : إن القول بالتفريق بين الزوجين بسبب العيب أو المرض يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها السمحة « كرفع الحرج » و « الدين يسر لا عسر » و « الضرر يزال » وغير ذلك مما تضمنته هذه الشريعة الغراء من مقاصد سامية .

ولذا فإننا لا نبالغ إذا قلنا بأن رأى ابن حزم القائل بعدم التفريق بين الزوجين بسبب العيب أو المرض يصطدم مع قواعد هذه الشريعة . تلك القواعد التى تدعو إلى اليسر ورفع الحرج وما إلى ذلك .

ولعل الذى حدا بابن حزم إلى القول بهذا هو تمسكه بظواهر النصوص ، حيث خلا القرآن الكريم والسنة من نص صريح يدل على ذلك ولكن كما يقول أستاذنا الدكتور البلتاجى « صحيح أننا لا نجد نصوصاً خاصة فى

الرأى الثانى : يرى أكثر الفقهاء[1] جواز التفريق بين الزوجين بسبب الأمراض والعيوب ، واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أولاً : ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حيث روى جميل بن زيد قال : حدثنى شيخ من الأنصار ، ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد ، أو زيد ابن كعب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار ، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها[2] بياضاً ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذى عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً »[3] وفى رواية أخرى « فردها إلى أهلها وقال : دلستم علىّ »[4] .

كذلك صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : فر من المجذوم فرارك من الأسد »[5] .

---

(١) انظر على سبيل المثال : فى الفقه المالكى : بداية المجتهد ٥٠/٢ . والخرشى ٢٣٥/٣ .
وفى الفقه الحنبلى : المغنى ٥٨٠/٧ وما بعدها .
وفى الفقه الشافعى : مغنى المحتاج ٢٠٢/٣ .
وفى الفقه الحنفى : شرح فتح القدير ٢٩٧/٤ وما بعدها .
وفى الفقه الزيدى : البحر الزخار ٣ / ٦٠ وما بعدها .
وفى الفقه الجعفرى : المختصر النافع ص ١٨٦ - ١٨٧ .
وفى الفقه الإباضى : شرح النيل ٣٨٦/٦ وما بعدها .

(٢) الكشح : هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفى . انظر لسان العرب ٣٨٨٠/٥ .

(٣) انظر : نيل الأوطار ١٥٦/٦ .

(٤) انظر : سبل السلام ١٣٥/٣ .

(٥) حديث رواه البخارى عن أبى هريرة قال صلى الله عليه وسلم « لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد » . البخارى كتاب الطب باب الجذام ٩/٤ ، وشرح فتح القدير ٣٠٤/٤

ثانياً : الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين ، فلقد :

١ - كان عمر بن الخطاب يجوّز فسخ النكاح بسبب العيوب . ومن هذه الآثار :(١)

أ - قال عمر بن الخطاب : أيما امرأة تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها فاطلع على ذلك فله مهرها بمسيسه إياها وعلى الولى الصداق بما دلّس به غيره .

ب - وفى مصنف أبى شيبة وغيره أن عمر أجل العنين سنة فإن استطاعها ، وإلا فرق بينهما ولها المهر كاملا وعليه العدة .

جـ - وعن سليمان بن يسار أن سندر تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال : لا . قال : أعلمها ثم خيرها .

د - كذلك رفع اليه خصى تزوج امرأة ولم يعلمها ففرق بينهما .

هـ - كذلك أجل عمر رضى الله عنه مجنونا سنة . فإن أفاق وإلا فرق بينه وبين امرأته .

و - عن أنس بن مالك أن عمر بعث رجلاً على بعض السقاية فتزوج امرأة وكان عقيما ، فقال له عمر : أعلمتها أنك عقيم ؟ قال : لا ؟ قال : فانطلق فأعلمها ثم خيرها .

ز - قال عمر إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو برص أو قرن ، فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسه إياها وهو له على الولى .

٢ - كذلك سلك على مسلك التفريق بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض .

---

(١) انظر هذه الآثار فى : موسوعة فقه عمر بن الخطاب ص ٤٨٨ : ٤٨٩ ومراجعه .

القرآن أو السنة تنص بصورة مفصلة على أن للقاضى أن يفرق بين الزوجين للعيوب السابقة . لكننا نرجع فى ذلك إلى قوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وهو مقرر إسلامى عام فى الزواج تآزرت على الدلالة عليه نصوص كثيرة . ولا يمكن أن يكون الزواج مع الاجبار على معايشة شىء من العيوب السابقة من الإمساك بمعروف . كيف ومقاصد النكاح تفوت ؟ كيف وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخلع عند مجرد أن تقول المرأة للرجل إنى أكرهك وأخاف ألا أؤدى اليك حقوقك ؟ والاجبار على معايشة هذه العيوب تؤدى إلى ما هو أكثر من ذلك »[١].

خامساً : إن هذا الرأى يتفق أيضا مع حكمة مشروعية الزواج . إذ شرع الله سبحانه وتعالى الزواج لحكم جليلة منها أن الزواج راحة للنفس وسكن لها وامن لها . وهذا لا يتحقق إلا فى ظل حياة زوجية سعيدة خالية من الامراض والعيوب . يقول الغزالى : « فيه - أى فى الزواج - راحة للقلب وتقوية له على العبادة . فإن النفس ملول . وهى عن الحق نفور . لأنه على خلاف طبعها . فلو كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمحت وثارت . وإذا روحت باللذات فى بعض الأوقات قويت ونشطت . وفى الاستئناس بالنساء من الراحة ما يزيل الكرب ويروح عن القلب . وينبغى أن يكون لنفوس المتقين استراحات بالمباحات »[٢] .

إذ كيف يتحقق التمازج النفسى الذى عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فى ظل حياة زوجية منغصة لا تستطيع المرأة البقاء فيها إلا بضرر .

---

(١) فى أحكام الأسرة ١ ٢٤٤ .

(٢) إحياء علوم الدين ٢ ٣٠ .

سادساً : إذا كان الفقهاء قد أعطوا للزوجة حق طلب التفريق بسبب غيبة زوجها [١] - مع تفاوت بينهم فى تقدير تلك المدة - دفعاً للضرر الواقع عليها . فإنه من الأولى إعطاؤها حق طلب التفريق فى هذه الحالة . لأن الضرر الواقع عليها بسبب مرض زوجها أو عيبه أشد من الضرر الواقع عليها بسبب غيابه . لأن ضرر الغياب مؤقت فهو يزول بعودة الزوج . أما ضرر المرض أو العيب فهو مؤبد . إذ لا يزول إلا بالموت .

سابعاً : لقد شرع الإسلام الخلع فقال تعالى « إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله . فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » (٢٢٩ : البقرة) .

وقد قيل فى تفسير الخوف من عدم إقامة حدود الله : إذا استمر الزواج : أن تقول الزوجة لزوجها : إنى أكرهك ولا أحبك وحينئذ يشرع الخلع بينهما على ما يتفقان عليه .

هذا وإن إجبار الزوجة على البقاء فى تلك الحياة الزوجية التعسة يؤدى إلى ما هو أكثر من ذلك .

ب - من يثبت له حق طلب التفريق ؟

يثبت حق طلب التفريق للعيب عند الحنفية للزوجة فقط دون الزوج ، لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق فى طلب التفريق ، لأنها لا تملك الطلاق ، وفى هذا يقول صاحب الهداية : « وقال محمد رحمه الله : لها الخيار ، دفعاًللضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لأنه متمكن من

---

(١) راجع كتابنا : زوجة الغائب دراسة مقارنة . ص

دفع الضرر بالطلاق "[١] . وفى الجانب المقابل اتفق جمهور الفقهاء على ثبوت حق طلب التفريق لكل من الزوجين . فللرجل الحق فى طلب التفريق من القاضى إذا وجد فى زوجته عيباً ، وكذلك للمرأة الحق أيضاً فى أن تطلب من القاضى التفريق إذا وجدت فى زوجها عيباً ، وذلك لأن كلاً منهما يتضرر بهذه العيوب .

المذهب الحنبلى : يقول صاحب الشرح الكبير : " خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال النخعى والثورى واسحق "[٢] كذلك يقول ابن القيم (ت : ٧٥١ هـ) : " كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار "[٣] .

المذهب الشافعي : يقول صاحب " مغنى المحتاج " : " وجد أحد الزوجين بالآخر جنونا أو جذاما أو برصا أو وجدها رتقاء أو قرناء أو وجدته عنينا أو مجبوبا ثبت الخيار فى فسخ النكاح "[٤] .

المذهب المالكى : يقول الخرشى : " إن العيب الذى يوجب الخيار لأحد الزوجين على صاحبه شرطه أن يكون موجودا عند العقد أو قبله "[٥] . كما يقول صاحب " بغية السالك إلى أقرب المسالك " . " الخيار للزوجين إن لم يسبق علم ولم يرض .. "[٦] .

---

(١) فتح القدير ٣٠٥/٤

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥٦٦/٧

(٣) زاد المعاد ٣١/٤

(٤) مغنى المحتاج ٢٠٢/٣

(٥) الخرشى ٢٣٥/٣

(٦) بغية السالك ٢٠٢/١ - ٢٠٨

تعقيب وترجيح :

إن الخلاف في ثبوت حق التفريق بالعيب للزوجين أو للزوجة فقط يظهر أثره واضحا في الآثار الناجمة عن هذه الفرقة . فإن اللجوء إلى الطلاق - على رأى الأحناف - يؤدى إلى إلزام الرجل بكل المهر بعد الدخول . ونصفه قبل الدخول . قال تعالى : « أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » (٢١ - ٢٢ : النساء) .

وقال أيضا : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (٢٣٧ : البقرة) .

أما التفريق بسبب العيب - وهو رأى الجمهور - يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول . وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق . . . .

لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية بالمهر بعد الدخول على ولى الزوجة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب . ولا سكنى ولا نفقة[١] .

وفى رأيى إن ما ذهب إليه الأحناف شىء له وجاهته . لأن إعطاء الرجل حق التفريق بسبب عيوب زوجته ربما يؤديه ذلك ويدفعه إلى التشهير بها . وهذا مخالف لديننا الحنيف ولذا فالأولى فى نظرى أن نستر على هذه العيوب . حفاظا على سمعة المرأة وكرامتها . وهذا لا يتأتى إلا بالأخذ برأى الأحناف يقول تعالى : « ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم »[٢] .

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي وأدلته ٧ : ٥١٦ - ٥١٧ ومراجعه .

(٢) الحجرات ١٢ .

ويقول صلى الله عليه وسلم : « من ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة »[١] . كما يقول أيضاً : « أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم قال : ذكرك أخاك بما يكره . قيل : أفرأيت إن كان فى أخى ما أقول ؟ قال : إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وإن لم يكن فيه ما تقول فقد بهته »[٢] .

جـ - العيوب التى تجيز التفريق :

إذا كان ثمة اتفاق بين أكثر الفقهاء فى جواز طلب التفريق بسبب المرض أو العيب ، فإن ثمة اختلافاً بينهم فى تحديد العيوب التى تصلح لأن تكون سبباً للتفريق وذلك على النحو التالى :

الأحناف : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن للزوجة الحق فى طلب التطليق إذا وجدت فى زوجها عيباً من العيوب التناسلية الثلاثة وهى : الجب ، والعنة ، والخصاء ، وذلك لان هذه العيوب ينتفى معها المقصود الأصلى من الزواج ، كما أنها عيوب غير قابلة للزوال بحال ، ولا مخلص للزوجة للتضرر منها إلا بطلب الفرقة وإمساك الزوج لها مع هذا ليس من الإمساك بالمعروف الذى أمر به الشارع فيفرق القاضى بينهما بناء علي طلبها لرفع الضرر والظلم عنها ، أما غير ذلك من العيوب ، وكذا غير ذلك من الأسباب فإنه لا يجوز طلب التطليق من أجلها ، لأنها أمور قابلة للزوال والتبدل والتغير ولا يفوت حق الزوجة المستحق بالعقد وهو الوطء ، أما تلك العيوب التناسلية الأصلية فيه ، فإنها تفوت عليها هذا الحق[٣] .

هذا عن رأى الشيخين ، أما الإمام محمد بن الحسن فقد اعتبر كل عيب لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر يجيز لها طلب التفريق ، وذلك

---

(١) جزء من حديث طويل متفق عليه . رياض الصالحين ١٥٥/١ .

(٢) / انظر المسند لأحمد بن حنبل ٣٨٤/٢ ، ٣٨٦ ورياض الصالحين ٣٣٧٢ .

(٣) أحكام الأسرة د . سلام مدكور ١٩٦/٢ - ١٩٧ .

دون أن يقصر هذه العيوب على عيوب معينة دون غيرها .

يقول صاحب الهداية « وإذا كان بالزوج جنون أو برص أوجذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله - لها الخيار . دفعاً للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه . لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق »[١]

كما يقول الكاسانى : « وقال محمد : خلوه من كل عيب لايمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص . شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح ، وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط »[٢] .

هكذا اتفق الأحناف على أنه لا خيار للزوج فى فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً . ولكنهم اختلفوا فى الخيار لعيوب الزوج فعلى حين قصر الشيخان - أبو حنيفة وأبو يوسف - العيوب التى تجيز التفريق على العيوب التناسلية الثلاثة : الجب والعنة والخصاء . نجد الإمام محمد بن الحسن أضاف اليها كل العيوب الأخرى التى من شأنها إلحاق الضرر بالمرأة .

هذا ويوجه صاحب الهداية رأى الشيخين بقوله : « ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت فى الجب والخصاء والعنة لأنها تخل بمقصود النكاح لأجل الوطء ، وهذه العيوب : الجنون والجذام والبرص غير مخلة فافترقا »[٣] .

كذلك يوجه الكاسانى رأى محمد بقوله « وجه قول محمد أن الخيار فى العيوب التناسلية المذكورة ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب فى

---

(١) فتح القدير ٤/٣٠٥ .

(٢) البدائع ٢ / ٣٢٧ .

(٣) فتح القدير ٤ / ٣٠٥ .

إلحاق الضرر بها فوق تلك ، لأنها من الأدوات المتعددة عادة »[١] .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن الكاساني قد قاس في بدائعه : المؤخذ والخنثى على العيوب التناسلية الثلاثة التي قال بها الشيخان ، فقال ما نصه : « والمؤخذ والخصي مثل العنين وكذلك الخنثى » .

ثم قال « وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من : الجب والعنة والتأخيذ والخصاء والخنوثة ، فقال الشيخان : ليس بشرط »[٢] .

هكذا نفهم من هذا النص - كما فهم غيرنا - أن العيوب التي يجب للزوم عقد الزواج للمرأة - أن يكون الرجل خاليا منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، هي خمسة عيوب : الجب والعنة والخصاء والتأخيذ والخنوثة[٣] .

المالكية : يفسخ النكاح عند المالكية بثلاثة عشر عيباً موزعة على النحو التالي[٤] :

١ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة ، وهي أربعة : الجنون والجذام والبرص والعذيوطة .

٢ - عيوب خاصة بالرجل ، وهي أربعة : الخصاء والجب والعنة والاعتراض .

٣ - عيوب خاصة بالمرأة ، وهي خمسة : القرن والرتق والبخر والعفل والافضاء .

هذه هي العيوب المنصوص عليها والتي تصلح سبباً للتفريق عند

---

(١) البدائع ٢ / ٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٢ / ٣٢٧ .

(٣) الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د . محمد محي الدين عبد الحميد ص ٣١٢ .

(٤) الخرشي ٢ / ٢٣٦ ما بعدها .

المالكية سواء كانت بالرجل أو بالمرأة .

بيد أنه مما تجدر الإشارة إليه أن المالكية أثبتوا أيضاً الخيار للزوج بغير هذه العيوب المذكورة إن شرط السلامة فى العقد ، وذلك كالسواد والقرع والاستحاضة وبخر الفم والعمى والعور والعرج والشلل وغير ذلك مما يعد عيبا عرفا ، فإن لم يشترط السلامة فى العقد فلا خيار فى هذه العيوب[١] .

الشافعية : يفسخ النكاح عند الشافعية بعيوب سبعة هى[٢] :

١ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة وهى ثلاثة : الجنون والجذام والبرص .

٢ - عيوب خاصة بالرجل ، وهما اثنان : الجب والعنة .

٣ - عيوب خاصة بالمرأة ، وهما اثنان : الرتق والقرن .

هذه العيوب هى التى يفسخ بها عقد النكاح عند الشافعية ، أما غير هذه العيوب فلا يفرق بها ، وفى هذا يقول صاحب « مغنى المحتاج » ما نصه : واقتصار المصنف على ما ذكر من العيوب - إلى السبعة - يقتضى أنه لا خيار فيما عداها ، قال فى الروضة : وهو الصحيح الذى قطع به الجمهور فلا خيار بالبخر والصنان والاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة والبله والخصاء والإفضاء ولا بكونه يتغوط عند الجماع »[٣] . كذلك قال الشافعى فى الأم « ولو تزوج الرجل المرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوا ، قبيحة ، معدمة ، قطعاء ، ثيباً أو عمياء فلا خيار له ، وقد ظلم من شرط هذا لنفسه ، وليس النكاح كالبيع ، فلا خيار فى النكاح من عيب يخص المرأة فى بدنها ، ولا خيار فى النكاح عندنا إلا فى

---

(١) الخرشى ٣ / ٢٣٨ وحاشية الدسوقى ٢ / ٢٨٠ .

(٢) مغنى المحتاج ٣ / ٢٠٢ .

(٣) نفسه ٣ / ٢٠٣ .

خمسة : الرتق والقرن إذا تعذر معهما الجماع ، والجذام والبرص والجنون [١] .

الحنابلة : ذكر ابن قدامة أن العيوب عندهم ثمانية هى[٢] :

١ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة ، وهى ثلاثةالجنون والجذام والبرص .

٢ - عيوب خاصة بالرجل ، وهما اثنان : الجب والعنة .

٣ - عيوب خاصة بالمرأة ، وهى ثلاثة : الفتق والقرن والعفل . هذه هى العيوب التى يثبت الخيار فيها بالتفريق عند الحنابلة دون غيرها من العيوب الأخرى .

وهذا هو ما أكد عليه ابن قدامة بقوله : إنه لا يثبت الخيار بغير ما ذكرنا ، لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه ، فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج "[٣] غير أن القاضى أبا يعلى جعل القرن والعفل شيئا واحدا ، فتكون العيوب عندهم سبعة لا ثمانية[٤] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد زاد بعض فقهاء الحنابلة عيوبا أخرى غير المذكورة ، فقد أضاف أبو بكر وأبو حفص استطلاق البطن وسلس البول ، وقال أبو الخطاب : ويتخرج على من به الباسور والناسور والقروح السيالة فى الفرج . لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها ، وقال أبو حفص : الخصاء عيب لأن فيه نقصا وعارا ويمنع الوطء أو يضعفه ، وفى البخر والخناثة وجهان "[٥] .

(١) لام : ٧٥ .

(٢) مغنى ١ / ٥٨٠ .

(٣) مغنى ٧ ٥٨٢ .

(٤) نفسه ٧ ٥٨٠ .

(٥) [illegible]

رأى ابن تيمية الحنبلى :

لقد أطلق ابن تيمية الحنبلى التفريق بالعيب دون تقييد أو تحديد بعيوب معينة ، وفى هذا يقول : « وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع »[1] .

رأى تلميذه بن القيم : كذلك سلك هذا المسلك ابن القيم ، حيث عقب على ما ذكره بعض فقهاء الحنابلة من أن الإمام أحمد قصر العيوب على ثلاثة أو خمسة فقط ، فقال ما نصه . « وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة دون ما هو أولى منها أو مساو لها ، فلا وجه له فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والإطلاق فى العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً ، وقد قال عمر لمن تزوج امرأة وهو لا يولد : أخبرها أنك عقيم وخيرها ، فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا - أى العقم - عندها - أى عند تلك العيوب - كمال بلا نقصان ، والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار »[2] .

ثم قال أيضاً : « ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وما يشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة »[3] .

هذا وإن الإنصاف يقتضينا أن نشير هنا إلى أن هذا التعميم الواسع الذى

---

(١) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

(٢) زاد المعاد ٤ / ٣٠ - ٣١ .

(٣) نفسه .

ذهب إليه ابن تيميه وتابعه عليه ابن القيم ، هو قول بعض السلف الصالح ممن يعتد برأيهم كالثورى والزهرى وشريح وابى ثور وغيرهم[١] .

قال الإمام الزهرى : « يرد النكاح من كل داء عضال[٢] »

الإباضية : يفسخ النكاح عند الإباضية بالعيوب التالية[٣] :

(أ) عيوب مشتركة بين الزوجين : الجنون والجذام والبرص الفاحش .

(ب) عيوب خاصة بالرجل : العنة .

(جـ) عيوب خاصة بالمرأة : العفل والفتل والرتق .

الإمامية : قسم الإمامية العيوب إلى قسمين هما[٤] :

- عيوب الرجل وهى أربعة : الجنون والخصاء والعنة والجب .

- الزوجة وهي سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والإقعاد .

الزيدية : لقد توسع الزيدية فى ذكر العيوب التى يجوز التفريق بسببها ، فهى عندهم ليست محصورة فى عيوب معينة وفى هذا يقول صاحب البحر الزخار ما نصه : « لا حصر بل كل ما نفر فعيب»[٥] .

---

(١) المحلى ١٠/ ١١٢ وفتح القدير ٤/ ٣٠٤ .

(٢) نفسه ١٠/ ١١٢

(٣) انظر : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٦/٢٨٦ وما بعدها

(٤) انظر : المختصر النافع فى فقه الإمامية ص ١٨٦ وما بعدها . وفقه الإمام جعفر الصادق ص ٥/ ٢٥٧ - ٢٦١ .

(٥) البحر الزخار ٣/٦١ .

المناقشة والترجيح

مما سبق يتضح لنا أن ثمة ثلاثة اتجاهات عند الفقهاء فى تحديد العيوب التى تجيز التفريق بين الزوجين ، وهى :

الأول : التضييق والتقييد : أى تضييق نطاق التفريق بسبب العيوب والأمراض ، وهو اتجاه الأحناف وبخاصة أبو حنيفة وأبو يوسف .

الثانى : التوسعة والتعميم ، أى التوسع فى العيوب التى تجيز التفريق بين الزوجين ، وهذا الرأى هو رأى الزيدية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم وبعض من فقهاء السلف الصالح .

الثالث : الوسط بين الاتجاهين السابقين ، وهو مسلك جمهور الفقهاء وفى رأيى أنه يجب علينا عند تحديد العيوب أو الأمراض التى تجيز التفريق بين الزوجين أن نراعى شيئين :

الأول : مكانة عقدالزواج وامتيازه على غيره من العقود المتعلقة بالمال من بيع وهبة وإجارة وغير ذلك ، ذلك العقد الذى جعله الله ميثاقاً غليظاً [1] ، ولذا فالأولى المحافظة على هذا العقد والحرص على بقائه ، فلا نخدشه إلا فى الحالات القصوى التى تكون فيها الحياة الزوجية متعذرة جداً ، وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤيد ذلك ، حيث أوضح فى غير حديث أن الطلاق وإن كان حلالا إلا أنه مبغوض عند الله تعالى ، وذلك لما فيه من قطع للوشائج وتشريد للأطفال ، وتفكيك للوحدة الأولى التى يتكون منها المجتمع وهى الأسرة .

---

(١) يقول تعالى : « وأخذن منكم ميثاقا غليظا » (٢١ : النساء)

يقول النبى ﷺ: « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق »[١] .

كما يقول أيضاً : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق »[٢] .

الثانى : سمعة الزوجين والحفاظ عليها دون التشهير بها ، وبخاصة سمعة المرأة .

على ضوء ما سبق فإن الأقرب إلى الصواب والارجح فى نظرى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيب أو المرض إلا فى نوعين من العيوب أو الأمراض الخاصة بالرجلِ وحده دون المرأة وهذا النوعان هما :

١ - عيوب أو أمراض تناسلية التى لا يتحقق معها المقصود الأصلى من الزواج وهو العفة والتناسل ، وذلك كالجب والعنة والخصاء وغير ذلك .

٢ - العيوب أو الأمراض المؤذية المنفرة التى لا يرجى البرء منها أو يكون ذلك ممكناً بعد زمن طويل لا تدوم معه الحياة الزوجية إلا بضرر كبير وذلك كالجذام والجنون والبرص .

هذه هى العيب التى تصلح فى نظرى أن تكون سبباً للفرقة بين الزوجين والتى يحق للمرأة فيها رفع أمرها للقاضى طلباً للتفريق .

أما غير هذه العيوب تناسلية كانت أم جلدية أم غير ذلك فإنه لاي جوز طلب التفريق بسببها ، وخير طريق للتفريق هنا فى نظرى أن يلجأ الرجل إلى الطلاق ، وتلجأ المرأة إلى الخلع وفى كلتا الطريقتين خير سبيل لإنهاء الرابطة الزوجية المقدسة وذلك حفاظا على سمعتهما ومكانتهما فى المجتمع .

---

(١) رواه ابو داود فى كتاب (الطلاق) باب (كراهية الطلاق) ٢ / ٢٥٤ - ٢٥٥ .

(٢) رواه أبو داود فى كتاب (الطلاق)) باب (كراهية الطلاق) ٢ / ٢٥٥ وكذلك رواه ابن ماجة فى كتاب الطلاق ١ / ٦٥٠ .

إن هذا الرأى فى نظرى له وجاهته . لأن الإسلام إذا كان قد أعطى للزوج حق الطلاق من زوجته التى يكرهها ولا يطيق الحياة معها فإنه فى الجانب المقابل أعطى الزوجة - إنصافا وعدلا - حق الأنفصال عن زوجها الذى تكرهه ولا تطيق الحياة معه . وذلك عن طريق المخالعة التى أمرها الله بها .

ولذا فالأولى فى نظرى للزوجة المريضة أو المعيبة أن تتخلص من زوجها الذى يكرهها . وتعوضه عما أن أنفقه عليها من تكاليف الزواج فهذا الطريق أفضل من أن يرفع الزوج أمرها إلى القاضى طالبا التفريق بسبب عيب زوجته أو مرضها . وبهذا ينتشر هذا العيب أو المرض داخل قاعات المحاكم . فيفتضح أمرها ويذاع عيبها . وبذلك لا تسلم من الطعن من قالة السوء والنفاق الذى لا يخلو منهم عصر من العصور .

كذلك . وفى الجانب المقابل . إذا كان الطلاق بيد الرجل كما قال النبي ﷺ « الطلاق لمن أخذ بالساق » فالأولى إذا كان الزوج مريضا أو معيبا أن يطلق زوجته قبل أن ترفع أمره إلى القاضى طالبة هذا التفريق . وبذلك يحافظ الزوج على مكانته الأجتماعية بين أهله وعشيرته .

وأخيرا . فإن كان هذا هو الرأى الراجح فى نظرنا . فإنه مما تجدر الأشارة إليه أن ما ذهب إليه بعض الفقهاء تعوزه الدقة العلمية ، حيث جوز بعضهم طلب التفريق بين الزوجين بسبب بعض الأمراض الخفيفة غير المنفرة كنتن رائحة الفم أو بعض الأمراض التي يمكن معالجتها كالباسور والناسور وسلس البول وغير ذلك . هذا فى نظرى بعيد عن روح التشريع ومقاصده .

د - علة الفسخ بسبب العيوب عند الفقهاء

لقد وضع الفقهاء أيديهم على العلة التى توجب الفسخ بسبب المرض أو

العيب ، وذلك كما نرى فى النصوص التالية :

العلة عند المالكية : قال الخرشى : « إن تلك العيوب مما تعافها النفوس وتنقص الأستمتاع ، أو لأنها تسرى إلى الولد ، أو لأن الجنام أو الجنون شديد لا يستطاع الصبر عليه » والبرص وعيب الفرج مما يخفى »[١] .

كما يقول ابن رشد « واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة : فقيل لأن ذلك شرع غير معلل ، وقيل لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسود والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفى على الزوج »[٢] .

العلة عند الأحناف : يقول الكسانى : « إن الخيار في العيوب التناسلية المذكورة ثبت لدفع الضرر عن المرأة »[٣] .

كما يقول صاحب الهداية : « وإنما يثبت – أى الخيار – فى الجب والخصاء والعنة لأنها تخل بمقصود النكاح وهو الوطء »[٤] .

العلة عند الشافعية : يقول صاحب « مغنى المحتاج » : « قال الشافعى فى الأم : الجذام والبرص ، فإنه : أى كلا منهما يعدى الزوج ويعدى الولد » وقال في موضع آخر : الجذام والبرص مما يزعم أهل الطب والتجارب أنه يعدى كثيراً وهو مانع للجماع ، لا تكاد نفس أحد أن تطيب

---

(١) الخرشى ٢ / ٢٣٨ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٥١ .

(٣) بدائع الصنائع ٢ / ٣٢٨ .

(٤) فتح القدير ٤ ٣٠٥ .

أن يجامع من هو به ، والولد ما يسلم منه ، فإن سلم أدرك نسله »[1] .

كذلك فطن إلى علة أخرى ، نفهم ذلك عند سرده لبعض العيوب التى لا تجيز التفريق عندهم كالاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة والبله .. ثم عقب عليها معللاً ذلك بقوله : « لأن هذه الأمور – أى هذه العيوب – لا تفوت مقصود النكاح بخلاف نظيره »[2] .

العلة عند الحنابلة :

يعلل ابن قدامة العيوب التى توجب الفسخ بقوله : « إنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع بالمقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمتنع الاستمتاع والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة »[3] . كذلك قال صاحب الشرح الكبير . « فأما العمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل : فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء . قلنا بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع من قربانه بالكلية ، ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسى » الشرح ٧ /٥٦٧ .

كذلك يقول ابن القيم : « والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار »[4] .

---

(١) مغنى المحتاج ٣ / ٢
(٢) نفسه ٣ / ٢٠٣
(٣) المغنى ٧ / ٥٨١
(٤) زاد الميعاد ٤ / ٣٠

العلة عند الشيعة : لقد صاحب البحر البحر الزخار أن علة التفريق بين الزوجين بسبب هذه الأمراض والعيوب ترجع إلى منعها من مقصود النكاح . فضلاً على أن بعضها مما تعاف معه العشرة كالجذام[١] .

- هل يجوز التفريق بسبب العقم ؟

إذا كانت العلة التى توجب الفسخ عند الفقهاء - كما أشرنا - بسبب العيب أو المرض هى تفويت مقاصد النكاح ، وإلحاق الضرر بأحد الزوجين ، فإننا نحن إذا أمعنا النظر فى تلك المسألة فإننا نجد أن هذه العلة متحققة فى العقم ، حيث إنما تمنع أحد الزوجين من التوالد والتناسل ، وبذلك تفوت عليه مقصودًا أصلياً من مقاصد النكاح ، فضلاً عن أن الحياة الزوجية لا يستطاع عشرتها معه - أى مع العقم - إلا بضرر كبير قد لا يطيق الطرف الآخر احتماله .

ومن ثم فإن العقم يصلح فى نظرى أن يكون عيباً يجوز الفرقة بسببه بين الزوجين ، وهذا هو ما فطن إليه ابن القيم ، حيث نص على ذلك واستدل بما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - عندما بعث رجلاً على بعض السقاية فتزوج امرأة ، وكان عقيماً ، فقال له عمر : أعلمتها أنك عقيم ؟ قال : لا . قال : فانطلق فأعلمها ثم خيرها »[٢] .

ويؤيد هذا فى نظرى أيضاً ما روى عن النبى ﷺ ، فعن معقل ابن يسار أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فقال : إنى أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال وأنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فقال : لا ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم »[٣] .

---

(١) البحر الزخار ٣ / ٦٠ .

(٢) زاد المعاد ٤ / ٣١ .

(٣) رواه أبو داود فى كتاب « النكاح » باب (النهى عن تزويج من لم يلد من النساء) ٢ / ٢٢٠ .